



تأليف

أحمد أبو الفتح

أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق سابقاً

جميع الحقوق محفوظة للمؤلف

الجزء الأول

الطبعة الثانية

مطبعة النهضة
بشارع عبد العزيز بمصر

بسم الله الرحمن الرحيم

اللهم إنا نحمدك حمد الذين وفقتهم إلى التفقه فى الدين ونصلى ونسلم على سيدنا محمد النبى الأمين وعلى سائر الأنبياء والمرسلين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين ونستمد من فيض فضلك وعظيم معونتك ما يقوى عزائمنا على عمل كتاب فى المعاملات الشرعية على المذهب الحنفى يعيد الرغبة فى تفهم أحكامها بعد أن مضى على الرغبة عنها حين من الدهر سيما بعد وضع القانون المدنى الأهلى والعمل به بمقتضى الأمر العالى الصادر فى ٢٦ ذى الحجة سنة ١٣٠٠ (٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣) وتخصيص المحاكم الشرعية بالنظر فى قضايا الأحوال الشخصية ، إذ المعهود فى جميع الأزمنة والأمكنة أن العلم الذى لا يكون العمل جاريا على مقتضاه فى جهة من الجهات تنصرف عنه الأفكار ولا يكون الإقبال عليه ممن يضطرون إلى ذلك لأداء امتحان مثلا إلا ليحصلوا منه على أقل ما يوصل إلى النجاح ولا يلبث بعد ذلك إلا بمقدار ما يلبث النقش على الماء والرسم على صفحات الهواء ولولا المحافظون عليه من السادة الأعلام وشُرّاح القوانين المدنية الذين يرجعون إلى كتب الفقه لخيف على هذا القسم العظيم ، فرغبنا فى تعميم تعليمه وتعلمه حتى يكون له من عناية الأمة المصرية ما لقسم الأحوال الشخصية منها حتى لا تتطرق إليه عوامل الاضمحلال والفناء لأن الله جل شأنه لا ينتزع العلم من الصدور انتزاعا وإنما ينتزعه بموت أهله .

ولقد أجلنا النظر وسرحنا الفكر فى جميع الوسائل التى تؤدى إلى هذه الغاية الشريفة فبعد استطلاع آراء أعاظم العلماء وأكابر المفكرين وبعد الوقوف على رغبات كثير من طلبة العلوم الشرعية والقانونية وجدنا شبه إجماع على أن أفضل الوسائل وأسهل الطرق التى توصل إلى نيل تلك الأمنية عمل كتاب فى هذا القسم يجمع بين سهولة التعبير ووضوح المعنى وحسن الترتيب وبين إرداف الأحكام الشرعية للمسائل الكثيرة الحصول بنظائرها من أحكام اللوائح والقوانين الجارى عليها العمل فى القطر المصرى السعيد ليجتمع لمن يطلع عليه فائدة سهولة فهم الأحكام الشرعية مع فائدة الإلمام بشىء من الأحكام الأهلية ليأخذ كل منه ما يريد .

نعم ، إن الرأى صواب والرغبات شريفة وشبه الإجماع حجة يجب اتباعها ولكن يا للأسف دون ذلك أهوال ، فإن عملا كهذا تنوء بحمله العصبة أولو القوة لا يستطيع مثلنا أن يقوم به خير القيام لعدم اطلاعنا على أسرار القوانين واللوائح اطلاعا يمكننا من ذلك ، فلهذا تجاذبنا عاملا الرغبة فى المنفعة العامة فنتقدم رجلا نحو العمل ، والرهبة من عدم القدرة على القيام به كما ينبغى فنؤخر أخرى ، وما زال هذا التجاذب متساوى القوة حتى قام الكثير من الأدلة على أن لنا من الشفاعات ما يتلاشى أمامه كل خطأ أو تقصير مهما كان جسيما فمن هذه الشفاعات الابتكار وعدم اتساع الوقت لمراجعة القوانين واللوائح الجارى عليها العمل الآن وأهم شفعائنا حسن القصد وإرادة النفع العام والخير المحض والسعادة الدائمة لبنى الإنسان فتغلبت حينئذ الرغبة على الرهبة وتوجهت العزائم إلى وضع هذا الكتاب توجه من يبتغى من عمله الثواب من الله وحسن الظن من الناس والأمل فى جانب الله وطيد أن يوفق من هم أقدر منا على هذا العمل إلى القيام بتلك الخدمة

الشريفة ، فيصلحوا بعظيم مؤلفاتهم من الخطأ ما لم نقصده ، ويذكروا من المباحث الهامة ما لم نذكره ويوضحوا من حكم الأحكام وأسرار القوانين ما لم تصل إليه عقولنا ، وما وقفت دون الوصول إليه أبحاثنا ، إنه أكرم مسئول .

ولقد رأينا بعد الإطلاع على كثير من الكتب القانونية واللوائح الإدارية المعمول بها الآن أن نجعل عمدتنا فى تدوين الأحكام القانونية على شرح القانون المدنى مع الرجوع عند الاقتضاء إلى غيره من اللوائح ، وليلاحظ القارىء أنه إذا أطلق لفظ شرح القانون أو شارح القانون بدون تقييد فالمراد به الشرح المذكور ومؤلفه .

وسوف نذكر أهم المراجع الشرعية والقانونية فى جدول خاص بها فى نهاية الكتاب .

ولما كانت المعاملات الشرعية من المقررات الدراسية لطلبة الحقوق رأينا إتماماً للفائدة أن يوضع هذا الكتاب على نمط يوافق مناهج التعليم التى يدرسون على مقتضاها لأنهم أحوج من غيرهم إلى كتاب كهذا ، ولهذا السبب رأينا أن يكون من الاختصار بحيث يمكن دراسته فى الأوقات التى خصصت لدراسة هذا العلم فلم نذكر فى مسائل الخلاف الشرعية إلا الرأى المعتمد أو الذى عليه الفتوى أو ما أشبه ذلك اللهم إلا ما تمس الحاجة إلى ذكره من آراء الأئمة الآخرين لكونه أنسب لعادات الزمان والمكان أو موافقاً لأحكام اللوائح والقوانين .

ونظراً لكون هؤلاء الطلبة لا يعلمون قبل التحاقهم بمدارس الحقوق شيئاً يذكر من أحكام المعاملات الشرعية ولا يعرفون المصادر التى أخذت

منها ، ولا سبب اختلاف الأئمة فى الأحكام ، ولا نحو ذلك مما يجب أن يكون طالب العلوم الشرعية على بينة منه رأينا أن نبتدىء التأليف بنبذ وجيزة فى معنى الشريعة ، والمصادر التى أخذت منها الأحكام ، وكيف أخذت ، وأشهر الأئمة المجتهدين ، وأسباب الاختلاف فى المسائل ، وغير ذلك مما يكون ذكره على قلته مدعاة إلى توجيه الأذهان إلى الاسترسال فى معرفة الكثير من أحكام أصول الفقه لأنه لا غنى لطالب العلوم الفقهية عن معرفة هذا العلم حتى يكون على بينة مما هو لموضوع دروسه بمنزلة الأساس للبنيان ، بل الأصل للفرع راجين من الكريم المنان أن يبعدنا عن مواطن الزلل ، وأن يلهمنا الصواب فى القول والعمل ، وأن يعمم النفع به فى ظل من يسير بأمته فى سبيل الارتقاء العلمى والعملى إلى غاية يقصر دون الوصول إليها عظماء المشرقين والمغربين إنه أكرم مسئول ؟

المعــــــاملات
فى الشريعة الإســــلامية

تعريف الشريعة

للشريعة ثلاث معان : معنى فى اللغة ، ومعنى فى الشرع ، ومعنى فى اصطلاح علماء القانون .

فمعناها لغة : مشرعة الماء أى المكان الذى يقصده الواردون للشرب ، وتطلق أيضاً على ما أنزله الله من الدين ، ومثلها فى ذلك من الشرعة والشرع قال الله تعالى : « ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون » وقال جل وعلا : « لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً » وهى بهذا المعنى مأخوذة من شَرَعَ الدين يشرعه شرعاً إذا سنه وأظهره ، كما فى قوله تعالى : « شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً » وقوله : « شرعوا لهم من الدين مالم يأذن به الله » .

ومعناها شرعاً : ما أنزل الله لعباده من الأحكام على لسان رسله الكرام ليخرج الناس من الظلمات إلى النور بإذن ربهم ويهديهم إلى صراط العزيز الحميد ، فيجتنُوا من رياض الراحة والطمأنينَة ثماراً يانِعَةً ويستقوا من ينابيع السعادة والهناء شراباً سائغاً للشاربين .

وأما معناها اصطلاحاً فيختلف باختلاف مراد العلماء بها ، ويمكن تعريفها على وجه العموم أى لا بقيد كونها إلٰهية أو وضعية بأنها « مجموع قواعد وأحكام أُمر الناس باتباعها لحفظ نظام الاجتماع الإنسانى » .

تاريخ الشرائع

اتفقت كلمة العلماء من شرعيين وغيرهم على أن تاريخ الشرائع مقارن لتاريخ العمران فى هذا الوجود ومستند الشرعيين فى ذلك ثبوت رسالة سيدنا آدم أبى البشر عليه السلام ولا رسالة الا بشريعة تبين الحقوق والواجبات لذراريه واتفاق الشرعيين وغيرهم على أنه لاعمران الا باجتماع ولا اجتماع الا باتفاق على كيفية نيل المعاش واقتسام الأرزاق ولا اتفاق الا بقواعد تحدد حقوق كل فرد وواجباته ولا توجد هذه القواعد ولا تدوم الا بوجود سلطة تقررها وتحافظ عليها . وأول جمعية بشرية هى الاسرة المكونة من الأب والأم والأولاد وهى على صغرها لا يمكن حفظ نظامها لولا وجود الأب رئيسا لها يشرع لها قواعد الاجتماع وينفذها بسلطته

والشرائع فى الشرق أقدم منها فى الغرب لأن الأمم الشرقية أقدم من الأمم الغربية ولأن الشرق مهبط الوحى الالهى . وقد قرر العلماء أن مصدر الشرائع هو التنزيل ورتبوا على ذلك أن انبثاقها من هذا المصدر كان سببا قويا لدوامها وترقيتها فهى والدين حينئذ توءمان ولدامعا بل كانا جسما واحدا لأن كل شريعة كانت فى مبدأ أمرها دينية مدنية فالواجبات التى فرضت فيها على الانسان نحو معبوده هى القسم الدينى والتى فرضت فيها عليه نحو بنى جنسه هى القسم المدنى ولم ينفصل هذان القسمان عند بعض الأمم ويتخذ كل منهما هيئة مستقلة الا فيما بعد

الاحكام الشرعية

والمصادر المأخوذة منها

الأحكام الشرعية تنقسم الى قسمين : أحكام تكليفية وأحكام وضعية . فالتكليفية هى التى كلف الله بها عباده وهى عند علماء الحنفية سبعة : الوجوب . والفرضية . والندب . والتحريم . والكراهة التحريمية . والكراهة التنزيهية . والتخيير — وعند غيرهم خمسة وهى : الوجوب . والندب . والتحريم . والكراهة . والتخيير

والوضعية هى جعل الشيء سببا أو شرطا أو مانعا . وكونه صحيحا أو فاسداً أو باطلا . أو عزيمة أو رخصة . وسيأتى بيان بعض الأحكام فى الكلام على العقود ومن يريد التوسع فى معرفتها فليراجع كتب أصول الفقه

والمصادر المأخوذة منها تلك الأحكام أربعة وهى : الكتاب . والسنة . والاجماع . والقياس . وزاد الحنفية الاستحسان ويذكرونه كثيراً فى مقابلة القياس

فالكتاب هو القرآن الكريم وهو أصل الأصول والمرجع الأول لمن يريد استنباط الأحكام الشرعية من الأدلة

والسنة أى الأحاديث النبوية — هى كل ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم قولا أو فعلا أو تقريراً وهى المرجع الثانى بعد كتاب الله

والاجماع هو اتفاق الفقهاء فى أى زمان على أمر — وهو ثالث الأصول التى يرجع اليها المجتهد اذا لم يجد فى كتاب الله وسنة رسوله دليلا على حكم شرعى

والقياس هو الحاق أمر ليس له نص صريح فى أحد الاصول الثلاثة السابقة بأمر له نص فى أحدها لاشتراكهما فى علة الحكم فقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم لما بعث معاذ بن جبل الى اليمن قال له « بم تقضى قال بكتاب الله قال فان لم تجد قال فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فان لم تجد قال أجتهد رأيى » فأقره النبى على ذلك . وقال عمر بن الخطاب فى عهده لأبى موسى الأشعرى حين ولاه القضاء « القضاء فريضة محكمة أو سنة متبعة ـ ثم قال ـ الفهم فيما تلجلج فى صدرك مما ليس فى كتاب ولا سنة فاعرف الأشباه والأمثال وقس الأمور عند ذلك واعمد الى أقربها الى الله وأشبهها بالحق »

والاستحسان مبنى على قاعدة أن كل أصل شرعى لم يشهد له نص معين وكان ملائما لتصرفات الشرع ومأخوذاً معناه من أدلته فهو صحيح ينبنى عليه ويرجع اليه اذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعا به . وقد قالوا ان الاستحسان قياس خفيت علته وقوى أثره، فى مقابلة قياس ظهرت علته وضعف أثره . وبهذا الاعتبار تكون المآخذ أربعة فقط

استنباط الاحكام الشرعية

من مصادرها

أول من استنبط الاحكام الشرعية من مصادرها على أصح الأقوال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد كان يفتى الناس بما يؤديه اليه اجتهاده فى المسائل التى يخاف فوتها ان لم يكن فى التنزيل نص لحكم الحادثة التى

أفتى فيها وقد سار على نهجه فى الاستنباط كثير من الصحابة والتابعين وغيرهم من علماء المسلمين فى مشارق الأرض ومغاربها بطريق الاجتهاد والنظر الصحيح . وقد بلغ عدد المجتهدين من الصحابة نحو مائة وثلاثين مجتهداً من أشهرهم عمر بن الخطاب وعلىّ ابن أبى طالب وعبد الله بن مسعود وعائشة أم المؤمنين رضوان الله عليهم أجمعين أما المجتهدون من التابعين وغيرهم فأكثر من أن يحصوا ولهذا وجدت مذاهب كثيرة فى صدر الاسلام وما يليه ولكن أكثرها تلاشى بتلاشى متبعيه

وأشهر مابقى من المذاهب الى الآن متبعا بين أكثر الأمم الاسلامية أربعة وهى : مذهب الامام الأعظم أبى حنيفة النعمان ومذهب الامام مالك . ومذهب الامام الشافعى . ومذهب الامام أحمد بن حنبل رضى الله عنهم أجمعين

ولما كانت هذه المذاهب الأربعة أهم مصادر الخير والسعادة للعالم الاسلامى خصوصا ولجميع الأمم الأخرى التى ارتقت فى مدارج التشريع وسن القوانين الى أرقى المراتب عموما وجب أن نذكر نبذة من سيرة كل منهم قياما بواجب حمدهم على جليل صنعهم

الامام الاعظم أبو حنيفة النعمان

هو الامام أبو حنيفة النعمان بن ثابت الكوفى رضى الله عنه وقد اختلف فى تاريخ ميلاده اختلافا بينا ما بين سنة احدى وستين ، وسنة ثمانين هجرية وهو أكبر الأئمة الأربعة سناً وأسبقهم اجتهاداً وأوسعهم

شهرة . أدرك أنس بن مالك الصحابي المحدث الشهير ونفع الله به العالم الاسلامي أكثر مما نفع بغيره فقد اجتمع على اتباع ماقرره من الأحكام الشرعية ما يقرب من نصف المسلمين . كان لا يضع مسألة فى العلم حتى يجمع أصحابه ويعقد عليها مجلساً فاذا اتفق أصحابه كلهم على موافقتها للشريعة قال لأحد أصحابه ضعها فى الباب الفلانى . وكثيراً ما كان يصلى الفجر والعشاء بوضوء واحد ولم يسمع قط حالفاً أثناء حديثه وقد كان فى أول أمره مشتغلا بعلم الكلام ثم تفرغ للاشتغال بالفقه على أبى اسماعيل حماد بن أبى سليمان مدة ثمان عشرة سنة وهو شيخ وقور لم ير أفقه ولا أورع منه فى زمانه ، وقد تلقى حماد الفقه عن علقمة والاسود وهما تلقياه عن عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهم أجمعين . وتوفى سنة مائة وخمسين هجرية

الامام مالك

هو الامام مالك بن أنس رضى الله عنه . ولد هذا الامام بالمدينة سنة ثلاث أو أربع أو خمس وتسعين هجرية . وكان حسن الهيئة يكره الثياب الخلقة ويعد ذلك مُثلةً - .وكان لايركب فى المدينة مع ضعفه وكبر سنه احتراماً لبلد فيه جثة رسول الله صلى الله عليه وسلم . وكانت وجوه بنى هاشم تقبل يده احتراما له . وقد بلغت درجة الأمانة على العلم عنده الى درجة لم تبلغها نفوس كثير من العلماء ومن ذلك أنه جاءه رجل ليستفتيه فى مسألة فقال له « لا أحسنها » فقال له وقد ضربت اليك الارض من كذا وكذا لأسألك عن هذه المسألة وتقول لى لا أحسنها

ماذا أقول لاهلي؟ قال له قل لهم «سألت مالكا فقال لا أحسنها» ومن مآثره الخالدات كتابه «الموطأ» الذى هو خير كتاب ظهر فى عصره ولما أتم جمعه عزم أبو جعفر المنصور على أن يحمل الناس عليه قراءة وحفظاً فقال له لا تفعل يا أمير المؤمنين فان الناس قد سبقت اليهم أقاويل وسمعوا أحاديث ورووا روايات وأخذ كل قوم بما سبق لهم وعملوا به وقد أصبح ردهم عما اعتقدوه شديداً فدع الناس وماهم عليه توفى بالمدينة سنة مائة وتسع وسبعين هجرية ودفن بالبقيع

الامام الشافعى

هو الامام محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان بن شافع ولد بالشام سنة مائة وخمسين للهجرة ثم استوطن مكة مدة من الزمن وصار يتردد بين الحجاز والعراق ثم أقام بالقاهرة حتى مات

تلقى العلم عن كثير من أكابر العلماء منهم الامام مالك بن أنس ومسلم بن خالد وابن عيينة وعمه محمد بن شافع وغيرهم . وكان شديد الذكاء قوى الحافظة ، حفظ الموطأ فى ليال معدودات ودون مذهبه الجديد فى مصر وقد كثر مقلدوه فيها ثم انتشرت آراؤه بالعراق وخراسان والداغستان وما وراء النهر . وقال أحمد بن حنبل ما أحد يحمل محبرة من أصحاب الحديث الا وللشافعى عليه منة . وقال ماعرفت ناسخ الحديث من منسوخه حتى جالسته . وقد دون كتاب الأم فجاء خير كتاب فى أصول الشريعة الغراء وأحكامها وفروعها . توفى فى خلافة المأمون سنة مائتين وأربع من الهجرة

الامام أحمد بن حنبل

هو الامام أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل ولد ببغداد سنة مائة وأربع وستين هجرية وروى العلم والحديث عن كثير من أكابر العلماء والمحدثين منهم سفيان بن عيينة وابراهيم بن سعد والشافعى وغيرهم

كان حسن الخلق والخلق ربعة القامة ولم يكن فى آخر عصره له مثل فى العلم والورع . قال الشافعى : خرجت من بغداد وما خلفت فيها أتقى ولا أفقه من ابن حنبل . ومقلدوه قليلون لبعد مذهبه عن الاجتهاد واعتماده فى جميع آرائه على معاضدة الروايات والأخبار بعضها لبعض

وكان كثيراً ما يتمثل بقول أبى بكر الصديق رضى الله عنه اذا مدحه مادح : « اللهم اجعلنى خيراً مما يظنون واغفر لى مالا يعلمون ولا تؤاخذنى بما يقولون » توفى رحمه الله ببغداد سنة مائتين وأحد وأربعين ودفن بها

أصحاب الأئمة الاربعة

لكل من الأئمة الأربعة أصحاب تلقوا عنهم الاحكام التى استنبطوها والقواعد التى قرروها فنبغ من بينهم فى كل مذهب أفراد مجتهدون قاموا بتحرير مذهب امامهم وممن اشتهر بتحرير مذهب الامام الأعظم أبى حنيفة من أصحابه : أبو يوسف يعقوب الأنصارى ومحمد ابن الحسن الشيبانى وزفر بن الهذيل ولهذا يوجد لكل واحد منهم آراء فى المذهب معزوة اليه

كيفية الاستنباط

كان استنباط الأحكام الشرعية من مصادرها فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعهد الخلفاء الراشدين أيسر على المجتهدين من كل عهد آخر وذلك أنهم كانوا يعمدون مباشرة الى المصادر الأربعة « الكتاب والسنة والاجماع والقياس » فيأخذون منها أحكام المسائل التى تحدث لهم ولمن يستفتيهم من الناس ولم يكن ثمت قواعد تجب مراعاتها عند ارادة الاستنباط لأن اللغة العربية التى هى مدار تفهم الأحكام وأدلتها كانت اذ ذاك غضة الشباب لم يفسدها الامتزاج بلغة الأعاجم ولم يزل هذا سبيل المجتهدين الى أن كثر اختلاط العرب بغيرهم ففسد اللسان العربى وحينئذ فكر العلماء فى وضع قواعد تجب مراعاتها على من يريد الاستنباط فوضعوا من القوانين مايتخذ أساسا لذلك وسموها أصول الفقه وعرفوها بأنها « قواعد يتوصل بها الى استنباط الاحكام الشرعية العلمية من الأدلة » والمشهور أن أول من دون هذه القوانين الاصولية هو الامام الشافعى رضى الله عنه فوضع فيها رسالة صغيرة كانت لهذا العلم كالأساس الذى يشاد عليه ثم كثرت المؤلفات الأصولية واتسعت أبحاثها فى جميع المذاهب الاسلامية المنتشرة الآن . وهذا العلم قد صار من الضرورى معرفته لكل مجتهد وكل مفت وكل طالب يهمه أن يعرف كيف استنبطت الاحكام

طرق وضع القواعد الاصولية

ان العلماء الذين دونوا أصول الفقه لم يتفقوا على طريقة واحدة يتبعونها فى تقريرهم لتباعد أقطارهم واختلاف آرائهم فذهب فريق منهم الى تقرير القوانين الأصولية على طريقة المتكلمين وهى أن ماأيدته العقول والحجج من القواعد أثبتوه وما خالف ذلك نفوه من غير التفات الى موافقة فروع المذاهب لها أو مخالفتها اياها ومن هؤلاء الشافعية والمالكية . وهذه أمثل الطرق وأحراها بالاتباع

وذهب علماء الحنفية الى تقرير القوانين بتطبيق فروع المذهب عليها فيقررون قواعد أصول فقههم على مقتضى مانقل من الفروع عن أئمتهم . واذا ترتب على القاعدة مخالفة فرع فقهى لها شكلوها بالشكل الذى يتفق معه فكأنهم انما دونوا الأصول التى ظنوا أن أئمة المذهب اتبعوها فى تفريع المسائل ولهذا كثرت الفروع الفقهية فى مذهب الحنفية لأنها فى الحقيقة أصول تلك القواعد وهذه القواعد تتخذ أدلة لاثبات المسائل الفقهية وتفهمها فى بادىء الأمر . فذكرها كما قال صاحب مجلة الأحكام الشرعية فى مقدمة المؤلفات الفقهية يوجب الاستئناس بالمسائل ويكون وسيلة لتقررها في الأذهان . ثم ان بعض هذه القواعد اذا انفرد قد يوجد من مشتملاته بعض المستثنيات وذلك لايقدح فى عموميتها لأن بعض هذه القواعد يخصص ويقيد بعضا واليك نموذجا من هذه القواعد منقولا من مجلة الأحكام الشرعية

(١) الأمور بمقاصدها - أى أن الحكم الذى يترتب على أمر يكون على مقتضى ماهو المقصود منه ـ فمن قصد صيدا فقتل انسانا لايقتل به

(٢) العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى

(٣) القديم يبقى على قدمه . كحق الشرب والمجرى والمسيل والمرور يبقى على حاله القديم مالم يقم دليل على خلافه

(٤) الضرر لايكون قديما كالمسيل القذر فى طريق عام أو خاص لايعتبر قدمه ويزال

(٥) ماثبت بزمان يحكم ببقائه مالم يقم دليل على خلافه

(٦) الأصل اضافة الحادث الى أقرب أوقاته ـ فلو تزوج مسلم ذمية ومات فادعت اسلامها قبل موته وادعى الوارث اسلامها بعده فالقول له مالم يثبت خلافه بالبينة وكذلك القول للبائع فى حدوث العيب عند المشترى لا عنده

(٧) الأصل فى الكلام الحقيقة

(٨) لاعبرة بالدلالة فى مقابلة التصريح

(٩) لامساغ للاجتهاد فى مورد النص. أى ما كان معناه واضحا كقوله تعالى « وأحل الله البيع وحرم الربا » لايسوغ الحكم فيه بخلافه بحمله على معنى آخر

(١٠) ماثبت على خلاف القياس فغيره لايقاس عليه — كعدم قتل الأصل بفرعه لايقاس عليه غيره

(١١) الاجتهاد لاينقض بمثله ـ فلو رفع لقاض حنفى حكم قاض

شافعى لاينقضه ولو خالف مذهبه

(١٢) المشقة تجلب التيسير . على هـذه القاعدة بنى كثير من الأحكام الفقهيـة كالقرض والحـوالة والحجر والرخص والتخفيفات فى الأحكام الشرعية كالفطر فى السفر والمرض وبيع مايتلاحق آحاده وبيع الاستجرار

(١٣) لاضرر ولا ضرار ـ الضرار هوما كان بين فريقين كل منهما يضر الآخر

(١٤) الضرر يزال

(١٥) الضرورات تبيح المحظورات

(١٦) الضرورات تقدر بقدرها

(١٧) الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف. أى يرتـكب أهون الشرّين

(١٨) الاضطرار لايبطل حق الغير ـ فلو اضطر انسان الى أكل مال الغير للجوع ضمن قيمته أو مثله

(١٩) العادة محكمة — أى تتخذ أساسا لحكم شرعى سواء كانت عامة أو خاصة

(٢٠) لاينكر تغير الأحكام بتغير الزمان

(٢١) انما تعتـبر العادة اذا طردت أو غلبت . والعـبرة للغالب الشائع لا للنادر

(٢٢) المعروف عرفا كالمشروط شرطا . كبقاء المبيع حتى ينضج بدون اشتراط البقاء

(٢٣) اذا بطل الشئ بطل ما فى ضمنه . فاذا بطلت شركة العقد بطلت الوكالة التى فى ضمنها

(٢٤) اذا بطل الأصل يصار الى البدل . فاذا هلك المغصوب يرد بدله .

(٢٥) يغتفر فى البقاء مالا يغتفر فى الابتداء . فلو وهب أرضا ثم استحق بعضها بعد التسليم فلا تبطل الهبة فى الباقى مع أنه مشاع

(٢٦) اعمال الكلام خير من اهماله . أى لايهمل الكلام مادام يمكن حمله على معنى

(٢٧) اذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز . فلو أوصى لأبناء فلان وليس له الا أبناء أبناء حمل عليهم

(٢٨) اذا تعذر اعمال الكلام أهمل

(٢٩) الوصف فى الحاضر لغو وفى الغائب معتبر

(٣٠) لاينسب الى ساكت قول لكن السكوت فى معرض الحاجة بيان . أى لايقال لساكت انه قال كذا . ولكن اذا سكت عند لزوم التكلم كان سكوته اقراراً أو بياناً كما اذا رأيت من يتصرف فى شئ تصرف المالك بلا اذن منك وسكت بلا عذر يعد ذلك اقراراً منك بأنك غير مالك له

(٣١) اشارات الأخرس المعروفة كالبيان باللسان

(٣٢) البينة على من ادعى واليمين على من أنكر

(٣٣) البينة لاثبات خلاف الظاهر واليمين لابقاء الأصل

(٣٤) البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة

(٣٥) الأجر والضمان لايجتمعان

(٣٦) الغرم بالغنم

(٣٧) يضاف الفعل الى الفاعل لا الآمر مالم يكن مجبرا

(٣٨) اذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر ـ فلو حفر انسان حفرة في الطريق العام فالقى فيها آخر حيوانا لشخص فهلك ضمنه الملقى

(٣٩) الجواز الشرعى ينافى الضمان . فلا يضمن من وقع فى بئره حيوان آخر فهلك

(٤٠) المتسبب لايضمن الا بالتعمد . فلو وضع شخص فى منزله سما فأكله انسان ومات لايضمن

(٤١) المباشر ضامن وان لم يتعمد . فمن رمى صيدا فأصاب انسانا فعليه ديته

(٤٢) من سعى فى نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه . فمن باع شيئا على أنه له ثم ادعى أنه ليس له لا تسمع دعواه

فاذا حدثت مسألة من المسائل التى تريد أن تعرف حكمها فارجعها الى قاعدة من هذه القواعد أو غيرها مما لم يذكر هنا واحكم عليها بما هو منصوص فيها فمثلا اذا صرف من ينتفع بدابة غيره بلا عوض جنيها فى مؤونتها وطالب صاحبها بدفعه له بعد انتهاء الانتفاع وأردت الفصل بينهما حسبما تقتضيه نصوص الشريعة الغراء فابحث فى القواعد الفقهية عما يشمل حكم هذه الحادثة واحكم عليها بما يؤخذ منها والحكم

فى هذه المسألة يعلم من قاعدة « الغرم بالغنم » وكذلك اذا كان المنتفع به بلا عوض أرضا واختلف فيمن يجب عليه الخراج الى غير ذلك ـ ولما كان اختلاف المجتهدين فى المسائل الفقهية يوهم أنه اختلاف فى كليات الأحكام وأصولها ناسب أن نذكر أسباب اختلافهم ازالة لهذا الوهم فيما يلى

أسباب اختلاف المجتهدين

فى الأحكام

اختلاف المجتهدين فى الأحكام الشرعية من جهة الحل والحرمة والصحة والفساد والبطلان انما هى فى الجزئيات الاجتهادية منها فقط لافى الكليات ولافى مورد النص من الجزئيات لأن الكليات قطعية يقينية فلاخلاف فيها ولأن الجزئيات التى دل عليها دليل صريح لايحتمل التأويل لتواتره ووضوحه كحل البيع وحرمة الربا المأخوذة من قوله تعالى « وأحل الله البيع وحرم الربا » لامساغ للاجتهاد فيها

والمراد بالكليات فى الشريعة الاسلامية ما كان لحفظ الضروريات والحاجيات والكماليات فالضروريات هى التى لابد منها فى قيام مصالح الدين والدنيا بحيث لو فقد شىء منها لم تجر مصالح العالم فى هذه الدنيا على نظام بل على فساد وفوت حياة ولم يفز أحد فى الآخرة بالنجاة والنعيم المقيم وقد حصرها الامام الشاطبى فى خمسة أشياء وهى حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل ويجمع ذلك الأمر بالمعروف والنهى

عن المنكر . والحاجيات هى ما يفتقر اليها الانسان من التوسعة ورفع التضييق المؤدى فى الغالب الى الحرج والمشقة فى الجملة ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العام وذلك كحل الصيد والتمتع بالطيبات من الرزق فى المأكل والمشرب والملبس والمسكن والمركب وكالمزارعة والمساقاة والسلم وبيع ما تتلاحق آحاده قبل ظهور بعضه ودخول التوابع بلا ذكر فى العقد على المتبوعات وغير ذلك . والكماليات هى الأخذ بما يليق من محاسن العادات وتجنب الأحوال التى تعافها العقول الراجحة ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق وذلك كمراعاة آداب الأكل والشرب والزيارة وكمنع بيع النجاسات وفضل الماء والكلأ وما أشبه ذلك فهذه الأمور راجعة الى محاسن زائدة على أصل المصالح الضرورية والحاجية اذ ليس فقدانها بمخل بأمر ضرورى ولا حاجى وانما جرت مجرى التحسين والكمال

وأسباب الاختلاف كثيرة . منها أن يكون النص خفيا لم ينقله الا قليل من الناس فلم يبلغ جميع المجتهدين . ومنها أن لا يكون له نص صريح كأن يؤخذ من عموم أو خصوص أو مفهوم أو قياس فتختلف أفهام العلماء فى هذا كثيراً ومنها أن يكون فى الحكم أمر أو نهى فتختلف العلماء فى حمل الأمر على الوجوب أو الندب وفى حمل النهى على التحريم أو التنزيه . ومنها أن يكون من جهة اشتراك الألفاظ واحتمالها للتأويلات كلفظ (القرء) فى قوله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » فقد ذهب الحجازيون من الفقهاء الى أنه الطهر وذهب العراقيون الى أنه الحيض ولكل من الفريقين أدلة من الحديث واللغة

ومنها ماينشأ بسبب الحقيقة والمجاز والافراد والتركيب ورواية الحديث ورواته تعديلا وتجريحا الى غير ذلك

أقسام الشريعة الغراء

تنقسم الشريعة الغراء من حيث موضوعها الى قسمين :

الأول ـ ما يتعلق بكيفية الاعتقاد ويسمى أصليا واعتقاديا وقد دون له العلماء علم الكلام وهو مايبحث فيه عن معرفة الله وملائكته ورسله واليوم الآخر وما فيه من بعث ونشور وحساب وجزاء على الأعمال

الثانى — ما يتعلق بكيفيه الأعمال ويسمى فرعيا وعمليا وقد دون له العلماء علم الفقه وعرفوه بأنه العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية . وهذا القسم ينقسم الى قسمين : الأول ما يتعلق بأمور الآخرة وهو العبادات . والثانى ما يتعلق بأمور الدنيا وهو على سبيل الاجمال ثلاثة أنواع وهى : الأحوال الشخصية . والمعاملات . والعقوبات . وتعليم مايتعلق بكيفية الاعتقاد وبأمور الآخرة من العبادات فى البلاد المصرية منتشر فى المعاهد الدينية والمكاتب الأولية والمدارس الابتدائية وتعليم قسم العقوبات الشرعية خاص بالمعاهد الدينيـة وأما الأحوال الشخصية والمعاملات فكما تعلم فى المعاهـد الدينية تعلم فى المعاهد الأخرى التى تعنى بتدريس الشرائع والقوانين وقد وضع فى الأحوال الشخصية من المؤلفات ماصار وافيا بحاجة من يعنى بمراجعتها اذمنها المطول لمن يريد اتساع دائرة فكره فى مباحثه

ومنها المتوسط لمن يكتفي بمعرفة الأحكام المعول عليها دون الخلافيات المذهبية ومنها المختصر لمن لم يسمح له وقته بمراجعة المطولات

وأما قسم المعاملات فلم يكن له من عناية المؤلفين ما كان لسابقه فلهذا وجهنا العزائم الى تأليف هذا الكتاب على النمط الذي بيناه في مقدمته راجين من الله أن ينفع به انه أكرم مسئول

قسم المعاملات

المعاملات جمع معاملة وهي تبادل الأموال والمنافع بين الناس بواسطة العقود والتصرفات . وهذا القسم من أهم أقسام الشريعة الاسلامية اذ حول محور العمل بأحكامه يدور نظام هذا العالم ويرتقي المجتمع الانساني الى أرقى ذرا الحضارة والعمران ويبلغ منتهى السعادة الأبدية . ومن تدبر قوله عليه الصلاة والسلام « الدين المعاملة » علم أن تعلم أحكام هذا القسم والعمل بها من الفروض العينية على كل قادر على الكسب من رجال ونساء لأنه لاغنى لأحد عن الأخذ والاعطاء ليستكمل كل فرد ماينقصه من لوازم هذه الحياة الدنيا في مقابلة مايعطيه مما يحتاج اليه الآخرون اذ الانسان مدني بالطبع

وقد عقد الامام الغزالي رضي الله عنه مبحثاً خاصا في بيان فضل الكسب من أشرف وجوهه والحث على تعلم العلوم الموصلة اليه ولا يكون الكسب شريفا الا اذا كان طبق ما أمر الله به مستدلا على ذلك بكثير من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية وآثار الصحابة والعلماء اذ الدنيا مزرعة الآخرة ومدرجة اليها

وبما يستدعى مزيد العناية بالتوسع فى دراسة هذا القسم كونه من أفضل وأوسع المراجع لشراح القوانين المدنية ومن يريد الدليل على ذلك فلينظر الى أسماء المراجع العربية التى اعتمد عليها سعادة القانونى المرحوم «أحمد فتحى باشا زغلول» فى شرح القانون المدنى « صفحة ٩ » وكفى بذلك دليلا

مباحث قسم المعاملات

المباحث التى اشتمل عليها هذا القسم تنحصر على سبيل الاجمال فيما يأتى وهى :

الاموال. وأسباب الملك وانتزاعه. والمداينات. والعقود على العموم « وهذه المواضيع الأربعة تعتبر كمقدمة لموضوع هذا القسم وما يلى هو المقصود منه » والبيع . والاجارة . والمزارعة . والمساقاة . والشركة . والعارية . والقرض . والوديعة . والكفالة . والحوالة . والوكالة. والرهن. والصلح والابراء . ولكل من هذه المباحث تفصيل وبيان يذكر فى محله ان شاء الله تعالى

كتاب الاموال

ينحصر الكلام على المال فى تعريفه وأنواعه وما يتعلق به من الحقوق التى يكون بها التصرف فيه. وبيان الملكية وملك المنفعة وحق الانتفاع سواء كان بالاستغلال أو السكنى . وما يجوز لصاحب المنفعة من التصرف وما يجب عليه من الضمان . وانتهاء حق الانتفاع. وحقوق الارتفاق . وحقوق المعاملات الجوارية . واليك بيان كل

تعريف المال

للمال ثلاثة معان معنى في اللغة ومعنى في الشرع ومعنى في اصطلاح القانون .

فمعناه لغة كل مايقتنى ويملك من الأعيان وكان في الأصل خاصا بالذهب والفضة ثم أطلق على كل ماينتفع به واذا أطلق المال عند العرب ينصرف الى الابل لأنها أفضل أموالهم

ومعناه شرعا مايمكن ادخاره لوقت الحاجة . ولا فرق بين أن يكون زمن الادخار طويلا كما في الأمتعة والاعيان التي لاتتلف بالمكث أو قصيراً كما في الأشياء التي يتسارع اليها الفساد (١)

أنواع الأموال

ينقسم المال الى نوعين : متقوم وغير متقوم

فالمتقوم « أي الذي له قيمة في نظر الشريعة الاسلامية » هو مايباح استعماله شرعا في حالة الاختيار ومنه ماسبق بيانه في التعريف

وغير المتقوم « أي الذي لاقيمة له في نظر الشريعة الاسلامية» هو ماثبتت ماليته عند بعض الأمم ولا يباح استعماله شرعا في حالة الاختيار كالخمر والخنزير أما في حالة الاضطرار فيباح للانسان أن يتناول منهما ومن غيرهما ولو كان ميتة مايسد رمقه ويزيل ظمأه ويستمر على ذلك حتى يزول اضطراره لأن الضرورات تبيح المحظورات

(١) ومعناه في اصطلاح القانون « كل شيء نافع للانسان يصح أن يستأثر به شخص دون غيره » (شرح القانون ص ٤٤) فهو أعم من المعنى الشرعي عند الحنفية موافق له وعند الشافعية والمالكية لاعتبارهم المنافع أموالا

وما لم تثبت ماليته من الأشياء عند أمة من الأمم لايسمى مالا أصلا وذلك كالميتة التى ماتت حتف أنفها ماعدا السمك والجراد فانهما يعتبران أموالا ولو بعد موتهما لحل استعمالهما شرعا حينذاك مالم يتعفنا ويعتريهما الفساد . وكالدم المسفوح أى السائل الذى ينفصل من الحيوان سواء أ كان بالذبح أم بغيره أما غير المسفوح كالكبد والطحال فيباح استعماله اذا كان من حيوان مذكى ذكاة شرعية والدليل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « أحلت لنا ميتتان ودمان السمك والجراد والكبد والطحال »

والمراد بالميتة التى لا تسمى مالا مايفسد منها بالموت كاللحم والشحم أما مالايفسد كالجلد والصوف والعظم والقرون والأظلاف والحوافر والأعصاب فانها تطهر بالدبغ والتنظيف وتعتبر أموالا متقومة مالم يكن شىء منها من حيوان نجس العين كالخنزير باتفاق : والكلب على رأى الشافعية وبعض علماء الحنفية فان جميع أجزاء كل منهما تعتبر نجسة فى الحياة وبعد الممات . وما كان كذلك لايظهر بالدبغ والتنظيف[1]

وينقسم المال المتقوم الى عقار ومنقول

فالعقار مالا يمكن نقله وتحويله من مكان الى آخر وهو خاص بالأرض سواء أ كانت للزراعة أم للبناء أم لغيرهما . وقال الامام مالك: هو مالا يمكن نقله بدون أن تتغير صورته فيدخل فيه عنده

(١) ولم يتعرض القانون المدنى لهذه الفروق

البناء والأشجار وكل ماوضع فى الأرض على سبيل القرار كالآلات الرافعة المثبتة

والمنقول هو مايمكن نقله وتحويله من مكان الى آخر سواء تغيرت صورته بالنقل أولا وسواء انتقل بنفسه أو بواسطة غيره فيدخل فيه البناء والأشجار لامكان نقلها بعد تغيير صورتهما وقال الامام مالك ان المنقول هو ما يمكن نقله بدون أن تتغير صورته[1]

وينقسم المنقول الى مثلى . وقيمى :

فالمثلى هو مالاتتفاوت آحاده تفاوتاً يعتد به وله نظير فى المحال التجارية ويشمل الأنواع الأربعة الآتية وهى : المكيلات كالبر والموزونات بما فيها الذهب والفضة كالبن . والاعداد المتقاربة كالبيض والليمون . وعروض التجارة المتحدة الجنس كالشوك والسكاكين وأوانى الأكل والشرب متى كان لها فى الأسواق « العروض جمع عرض أو عرض بسكون الراء وفتحها ـ ماليس مكيلا ولاموزونا ولا حيوانا ولا عقارا »

والقيمى هو ماتتفاوت آحاده تفاوتاً يعتد به أولاتتفاوت ولكن لانظير له فى المحال التجارية ويشمل الأنواع الستة الآتية وهى :

(١) وقد جرى القانون فى تعريف العقار والمنقول على مذهب الامام مالك الا أن القانون أدخل فى العقار الحقوق العينية المتعلقة بالعقار وألحق به من المنقولات ماياتى (١) الآلات الزراعية والماشية المملوكة للمزارع ولازمة لزراعته (٢) آلات المعامل ومهماتها المملوكة لمالك المعمل وهذا الالحاق خاص بعدم جواز الحجز عليها منفردة وفيما عدا ذلك تعتبر منقولة (المواد ١ ـ ٢ ـ ٣ ـ ٤ قانون مدنى

الحيوانات ولو كانت متحدة الجنس. والبناء. والاشجار. وعروض التجارة المختلفة الجنس. والعدديات المتفاوتة تفاوتاً يعتد به كالبطيخ. والمثليات التي لانظير لها في المحال التجارية بأن انقطعت من الأسواق وتعذر الحصول عليها

وفائدة هذا التقسيم تظهر في التضمينات فما كان من الأنواع المثلية يضمن بمثله صنفا وما كان من القيمية يضمن بقيمته نقدا [1]

الحقوق المتعلقة بالأموال

الحقوق جمع حق وهو صفة شرعية بها يقتدر الانسان على التصرف والانتفاع بالأعيان المالية تصرفا مشروعاً. وهو ثلاثة أنواع

الأول. حق ملك الشيء ذاتا ومنفعة

الثاني. حق ملك الانتفاع

الثالث. حق الارتفاق

حق ملك الشيء ذاتا ومنفعة

هذا الحق يسمى ملكا تاما ويجعل لصاحبه حق التصرف المطلق فيما يملكه فيجوز له أن يبيعه أو يهبه أو يوصى به أو يؤجره أو يعيره

(١) لم يتعرض القانون المدني لهذا التقسيم ولكن سعادة فتحي باشا زغلول تعرض له في شرحه صفحة ٤٧ ووفاه حقه كما أنه قسم الأموال المنقولة الى مادية وهي الأعيان التي تقع تحت الحواس ومعنوية وهي مالا يقع تحت الحواس ويندرج فيه جميع الحقوق وللمال في الشرح المذكور تقاسيم أخرى جديرة بأن ترسم بمداد من النور على صفحات القلوب فليراجعها من شاء «أنظر من صفحة ٤٤ — ٥٠»

أو يرهنه الى غير ذلك من التصرفات ومن هذا النوع الأراضى العشرية وهى ما يؤخذ منها عشر محصولها ان سقيت بدون آلة رافعة ونصف العشر ان سقيت بها وتشمل جزيرة العرب والبلاد التى افتتحها المسلمون عنوة وقسمت على الفاتحين والتى أسلم أهلها طوعا .

وأما الخراجية فهى التى يؤخذ عليها الخراج وهو نوعان : خراج مقاسمة . وخراج موظف . فخراج المقاسمة هو مقدار من المحصول يقدره ولى الأمر حسبما يراه كربع المحصول أو خمسه أو أقل أو أكثر بشرط ألا يزيد على النصف. والخراج الموظف هو مقدار من النقود يفرضه الحاكم على الأرض بحسب الجودة والرداءة ويجوز له أن يزيد فى الخراج أو ينقص منه تبعاً لجودة الارض ورداءتها مع مراعاة مصلحة الملاك .

والأراضى الخراجية تشمل سواد العراق والبلاد التى فتحت عنوة وأقر أهلها عليها والبلاد التى فتحت صلحا . وهذه الأراضى على أظهر الأقوال كانت غير مملوكة العين لأربابها وانما كانوا يملكون الانتفاع بها فى نظير دفع الخراج

الأراضى المصرية

الأراضى المصرية المعدة للزراعة كانت فى الأصل منقسمة الى عشرية وخراجية فالعشرية كانت مملوكة لأربابها ملكا تاما (ذاتا ومنفعة) ولهم فيها حق التصرف المطلق بما فى ذلك الوقف وتورث عنهم والخراجية كانت مملوكة للحكومة وليس للأهالى عليها الا حق الانتفاع وكانت لا تورث للنساء الى عهد المرحوم سعيد باشا الذى

أصدر لائحة منسوبة اليه أباح فيها حق الأرث لهن وكان لا يصح وقفها الا باذن الحكومة ولم تزل على هذه الحال الى ١٥ ابريل سنة ١٨٩١ ففى هذا التاريخ صدر أمر عال بتمليك جميع الأرض لأربابها ذاتا ومنفعة وفى سنة ١٨٩٦ أمرت الحكومة بفك زمام الأطيان وعمل مساحة عمومية لجميع أراضى القطر المصرى وضرب ضرائب نقدية عليها أكبرها على الفدان مائة وأربعة وستون غرشاً صاغا وتسمى هذه الضرائب خراجاً ومن ثم صارت أرض مصر خراجية خراجا موظفاً ومملوكة لأربابها ذاتاً ومنفعة

واليك جدولا ببيان ما كان يجبى منها ابتداء من عهد الفتح الاسلامى الى الآن

عدد	
١٢٠٠٠٠٠٠	دينار فى زمن حكم عمرو بن العاص ــ خلافة سيدنا عمر بن الخطاب
١٤٠٠٠٠٠٠	« « « « عبد الله بن سعد « « عثمان بن عفان
٢٠٠٠٠٠٠	« « « « بنى أمية
٩٠٠٠٠٠٠	« « « « الملك الأشرف
٤١٥٠٠٠٠	فرنك فى أواخر عهد المماليك
٦٥٩٧٠٥	جنيهات مصرية فى أوائل عهد المرحوم محمد على باشا رأس العائلة الملكية الفخيمة
١٧٠٠٠٠٠٠	جنيه مصرى فى سنة ١٣٣١ هـ وسنة ١٩١٣ ميلادية
٤٠٠٠٠٠٠٠	« « « ١٣٣٩ هـ و « ١٩٢٠ «

وذلك غير الضرائب الوقتية كضريبة التعليم الأولى والزراعى والصناعى وعوائد الأملاك وأجر الخفراء ــ وقياساً على اطراد زيادة الميزانية العمومية فى الماضى عاما فعاماً ينتظر أن يزيد ما يُجبَى فى المستقبل

زيادة مطردة أيضا ولا شك أن لتملك الأهالى جميعاً للأراضى المصرية ذاتا ومنفعة دخل كبير فى هذا الارتقاء السريع

وأما الأراضى التى آلت الى بيت المال بسبب موت ملاكها بلا وارث والأراضى الأميرية والأراضى الموقوفة فلا يجوز تمليكها ولا تملكها الا بمسوغ شرعى والمسوغ هو الفائدة التى تعود على بيت المال والحكومة والوقف من هذا التمليك . واذا اشترى شخص منها شيئاً بمسوغه الشرعى ملكه ملكا تاما ويجوز أن تعطى أراضى بيت المال والأراضى الأميرية للأهالى للانتفاع بها فقط فى نظير الخراج مع بقاء ملكيتها لها أما الأراضى الموقوفة فيتبع فى الانتفاع بها شروط الواقفين وقد كان بيت المال فى مصر قبل ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ مصلحة تابعة لديوان المالية وأما من هذا التاريخ فقد ألغى بيت المال وتأسست المجالس الحسبية بنظامها الحالى ومن ذلك يتضح أن أراضى بيت المال والأراضى الأميرية شىء واحد الآن ويطلق عليها اسم « أملاك الميرى الحرة »

وأما الأموال التى خصصت للمنافع العامة كالترع والجسور والقناطر والشوارع العامة والطرق النافذة والتى أعدت لحفظ الحدود والثغور كالحصون والاستحكامات والمرافىء فلا يصح تمليكها ولا تملكها بحال من الأحوال مادامت معدة لما ذكر

الملكية

الملكية : نسبة الى الملك . والملك هو ارتباط شرعى بين الانسان والشىء المملوك يجعله قادراً على التصرف فيه بوجه الاختصاص وهو

لايختص بالأموال بل يشمل المنافع والحقوق أيضا وهما لايعتبران أموالا عند علماء الحنفيـة وسيأتى بيان ذلك مفصلا فى محاله ان شاء الله تعالى

واذا تعلق الملك بالأموال سمى ملـكا تاما لأنه يجعل لصاحبه حق التصرف المطلق فيما يملكه بلا فرق بين أن يكون المالك مختصا وحده بما تصرف فيه أو شريكا لغيره فيه مادام نصيبه معلوم المقدار بشرط ألا يضر بشريكه ولا بغيره والا منع فان كان نصيبه مجهولا بأن مات مورثه ولم تحصر تركته ولا ورثته وتصرف فيما توهم أنه يخصه حينئذ تصرفا يجعل للغير حقا عليه فلا يصح تصرفه لجهالة ماتصرف فيه جهالة فاحشة تؤدى الى النزاع وكل ما أدى الى النزاع فهو فاسد شرعا

واذا تعلق الملك بالمنافع أو الحقوق سمى ملـكا ناقصا لأنه لايكون لصاحبه حق التصرف المطلق فيما يملكه كما سيأتى مفصلا[1]

ملك المنفعة وحق الانتفاع

هذا هو النوع الثانى من أنواع الحقوق التى تترتب على الأعيان المالية لافائدة الانتفاع بها وهو ملك ناقص ولا يستفيده صاحبه الامن مالك العين المنتفع بها أو من يقوم مقامه بسبب من الأسباب الآتية وهى أربعة واحد منها ليس بعقد وهو الوقف وثلاثة عقود. واحد منها بعوض وهو الاجارة واثنان بغير عوض : وهما الاعارة والوصية بالمنفعة

(١) وقد أبان شارح القانون المدنى معنى الملـكية وصفاتها وما يدخل فيها بما لايحتاج معه الانسان الى غيره فليراجع لأهميته صفحة (٥٢ و ٥٣ و ٥٤) والحـكومة تعد الآن مشروع قانون لنقل الملـكية سنأتى على مايجيء عنه مخالفا للقانون المعمول به الآن فى الطبعة المقبلة

أما الوقف فمعناه لغة الحبس وشرعا حبس العين عن تمليكها لأحد من العباد والتصدق بالمنفعة . ويؤخذ من هذا التعريف أن الوقف متى صح خرجت العين الموقوفة فورا عن ملك جميع الناس حتى الواقف ولا يصح التصرف فيها تصرفا يجعل للغير حقا ثابتاً عليها فلا يجوز بيعها ولا رهنها ولا هبتها ولا الوصية بها ولا غير ذلك من التصرفات التي تعود على أصل الوقف بالبطلان والوقف نوعان : أهلي وخيري فالأهلي ما كان أولا على شخص معين أو أشخاص معينين سواء كان هو الواقف وذريته أو غيرهم من الأهل والأقارب أو من الأجانب بشرط أن يكون آخره في جميع الأحوال لجهة بر لاتنقطع . والخيري ما كان من أول الأمر موقوفا على جهة خيرية كالمساجد والمستشفيات والملاجئ وما شاكل ذلك . والأموال بالنسبة لصحة وقفها مستقلة وعدم صحته نوعان : نوع يصح وقفه مطلقا وهو العقار وما وقف تبعا له من المنقولات كآلات الزراعة الموقوفة تبعاً للأرض . ونوع لايصح وقفه مستقلا الا اذا تعورف وهو المنقولات ومما تعورف وقفه منها الكتب والقدور التي لتغسيل الموتى واذا تعورف في جهة وقف شيء من المكيلات أو الموزونات صح وقفه ثم يباع ويشترى بثمنه عقار يستغل ان أمكن ذلك والا فيعطى لمن يتجر فيه مضاربة أي بجزء من الربح أو بضاعة أي مجانا ويوزع الربح على المستحقين ويجوز أن تعطى الحبوب للمستحقين ليزرعوها ويردوا من محصول الزراعة لناظر الوقف مثل ما أخذوا ويتكرر ذلك بتكرر الزراعات واذا لم تخرج الأرض زرعاً أصلا بطل الوقف

واذا تعورف وقف النقود صح وقفها أيضا واتبع فى استغلالها ماذكر فى ثمن الحبوب . وللوقف مؤلفات خاصة به أهمها كتاب الاسعاف للامام برهان الدين الطرابلسى وكتاب الخصاف المسمى أحكام الأوقاف لأبى بكر الشيبانى وقانون العدل والأنصاف للمرحوم قدرى باشا ومباحث الوقف للأستاذ محمد زيد بك الابيانى . فليراجعها من يريد التوسع فى معرفة أحكام الوقف (١)

وأما الاجارة فمعناها شرعاً تمليك المنفعة فى الحال بعوض

وأما الاعارة فمعناها تمليك المنفعة فى الحال بلا عوض وسيأتى الكلام على هذين العقدين فى محلهما

وأما الوصية بالمنفعة فهى تمليك المنفعة تمليكا مضافاً الى مابعد الموت بطريق التبرع

---

(١) عرف شارح القانون الوقف بأنه : الأموال المرصدة على جهة بر لاتنقطع ويصح أن تكون منفعتها لأشخاص بشروط معلومة حسب المقرر باللوائح فى شأن ذلك (مادة ٧)

ثم قسم الأموال الى خاصة وهى المملوكة للأهالى وأموال الميرى الحرة وعامة وهى ماخصصت لمنفعة العامة . وذات شبهين وهى الوقف لأنها بالنسبة لعدم سماع الدعوى على واضع اليد عليها بعد ثلاث وثلاثين سنة تشبه الأموال الخاصة وبالنسبة لعدم جواز التصرفات فيها وكونها غير مملوكة لأحد تشبه الاموال العامة (الشرح صفحة ٤٩ و ٥٠) ولم يتعرض القانون لأحكام الوقف بل أحال على الأحوال الشخصية — وليس فى شىء مما ذكر ما يخالف أحكام الشريعة الغراء

لأن الشريعة وان كانت تعتبر الوقف غير مملوك لأحد من العباد ولكن تعتبره من جهة أخرى له شبه بالتمليكات كما هو مبين فى محاله

وحكم هذا العقد أنه متى استوفى شرائطه الآتي بيانها في الوصية بالأعيان يكون للموصى له حق الانتفاع بالعين الموصى بمنفعتها بعد وفاة الموصى على التفصيل الآتي وهو أنه ـ اذا أوصى شخص لآخر بغلة أرضه أو بغلة بستانه « والمراد بالغلة ما يحصل من ريع الأرض وثمرة البستان وكرائهما » ينظر فان كان الموصى نص على الأبد أو مدة حياة الموصى له أو أطلق كان للموصى له أن ينتفع بالعين الموصى بمنفعتها طول حياته فاذا مات رجعت المنفعة لمالك العين . وان حدد الموصى مدة للانتفاع فلا يخلو الحال من أن تكون خالية من التاريخ كأن يقول أوصيت لفلان بغلة كذا ثلاث سنين أو مؤرخة بتاريخ معلوم كأن يقول تبتدئ من سنة كذا فان كان الأول كان للموصى له أن ينتفع بالعين عقب وفاة الموصى تلك المدة وان كان الثاني فاما أن يموت الموصى قبل حلولها . أو في خلالها . أو بعدها . فان كان الأول ثبت للموصى له حق الانتفاع في المدة المحددة . وان كان الثاني فله حق الانتفاع فيما بقي فقط . وان كان الثالث بطلت الوصية .

واذا أوصى بثمرة بستانه لشخص فان نص على الأبد أو مدة حياة الموصى له أو حدد مدة سواء أرخها أم لا فالحكم في ذلك كله كحكم الوصية بالغلة أما اذا أطلق بأن قال أوصيت لفلان بثمرة بستاني فلا يكون حكمه حكم الوصية بالغلة في حالة الاطلاق بل له حكم آخر وهو أنه ينظر الى البستان عقب وفاة الموصى فان كان به ثمرة استحقها الموصى له دون ما يتجدد من الثمار وان لم تكن به ثمرة استحق كل ما يتجدد من الثمار مدة حياته والسبب في ذلك أن الثمرة تطلق عرفا

على الموجود . ولا تطلق على المعدوم الا مجازا بقرينة تفيد ارادته .
أما الغلة فتطلق عرفا على المنافع بلا فرق بين ما يكون منها موجودا
وما يتجدد « والعرف فى الشرع له اعتبار » فان وجد عرف يخالف ذلك
اتبع اذا كان مما تعتد به شرعا

حق السكنى

من ملك سكنى دار بوقف أو عقد وصية فليس له استغلالها
باتفاق الامام وصاحبيه ومن ملك غلتها فليس له سكناها على رأى
الامام وأبى يوسف وحجتهما احترام عبارة المملك وقال محمد له حق
السكنى وحجته أن الاستغلال يفيد تمليك المنفعة بعوض . والسكنى
تفيد تمليكها بغير عوض والتمليك بعوض أقوى من التمليك بغير عوض
والأقوى يستتبع الأضعف ولا عكس . وقال الشافعى من ملك أحدهما
ملك الآخر . واذا كانت عبارة المملك شاملة للسكنى والاستغلال فله
استيفاء أيهما شاء بلا خلاف وكذلك اذا قال أوصيت لفلان بمنفعة
دارى لأن المنفعة تشملهما جميعا

واستيفاء حق السكنى يختلف باختلاف الأحوال وذلك أن
هذا الحق اما أن يستفاد بوقف .أو بوصية ومالك هذا الحق اما أن يكون
واحدا . أو متعددا . والدار التى ملكت سكناها اما أن تكون
واسعة أو ضيقة . فاذا كان مالك حق السكنى فى الدار واحدا سواء
ملكه بوقف أو بوصية جاز له أن يسكنها هو وأولاده وحشمه
وخدمه وله أن يسكنها غيره بغير عوض لأن الانسان له أن يملك مثل

ما ملك لا أكثر سواء كانت الدار واسعة أو ضيقة . واذا كانوا معتددين وكانت الدار ضيقة ينظر فان كانوا رجالا فقط أو نساء فقط جاز للرجال أن يسكنوها جميعاً دون نسائهم . وللنساء أن يسكن دون رجالهن . وجاز أن يتناوب أفراد كل فريق مع من يتبعها السكنى بالمهايأة الزمانية وان كانوا رجالا ونساء فان كانوا محارم أى يحرم زواج الرجال بالنساء حرمة مؤبدة جازت لهم السكنى جميعاً وجازت المهايأة الزمانية وان لم يكونوا محارم وجبت هذه المهايأة . أما اذا كانت الدار واسعة أى ذات مساكن شرعية منفصلة بعضها عن بعض تمام الانفصال جازت المهايأة المكانية والمهايأة الزمانية والأول أعدل ومعنى المهايأة قسمة المنفعة .

ومدة الانتفاع بالسكنى يتبع فيها ما ذكر في الاستغلال

وكل من ملك حق سكنى دار بلا عوض فعليه عمارتها واصلاح ما يطرأ عليها من الوهن والخلل واذا بنى شيئاً فيها من ماله كان ملكا له ولورثته من بعده واذا امتنع عن تعميرها فللقاضي أن يؤجرها لغيره بأجرة تدفع سلفاً ويعمرها بها وبعد انتهاء مدة الاجارة يرد الدار لمستحق السكنى . وأما من ملك حق السكنى بعوض فلا يجب عليه الا ما تقتضيه الشروط التي بينه وبين مالك العين وان لم توجد شروط فلا يعمر الا ما أتلفه تعدياً .

وكما تجوز الوصية بالمنفعة لشخص مع ابقاء العين للورثة تجوز الوصية بالمنفعة لشخص وبالعين لشخص آخر كلاهما أجنبي عن الموصى . ولا يصح أن يوصى بالعين لأجنبي مع ابقاء المنفعة للورثة لعدم الفائدة في هذه الوصية فاذا حصل ذلك وجب أن تتبع المنفعة العين وتدخل

فى ملك الموصى له تصحيحاً لعبارة الموصى وصونا لكلامه من العبث عملا بقولهم كلام العاقل يصان عن العبث ما أمكن وقولهم اعمال الكلام خير من اهماله

واذا لم تدل ألفاظ العقود على المعانى المقصودة منها للمتعاقدين تكون العبرة حينئذ بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمبانى غالبا فمثلا اذا كانت الألفاظ ألفاظ عقدعارية والمقصود منه عقد قرض كأن تقول أعرنى أردبا قمحاوأرده اليك بعدسنة مثلا اعتبر العقد عقد قرض وترتب عليه حكمه وهو دخول الأردب القمح فى ملك الآخذ بمجرد تسلمه اياه وجواز استهلاكه ورد مثله . وضمانه بمثله اذا هلك ولو بدون تعد بعد قبضه وقبل الانتفاع به الى غير ذلك . والفرق بين العارية والقرض أن العارية تكون فيما يمكن الانتفاع به مع بقاء العين المنتفع بها والقرض يكون فيما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كما فى المثال السابق

ما يجوز لصاحب المنفعة من التصرف

وما يجب عليه من الضمان

استيفاء المنفعة التى يستفيدها الانسان بأى سبب كان اما أن يكون مقيداً بشروط أولا . فان كان مقيداً بشروط كان له أن ينتفع الانتفاع المشروط أو ما يماثله فى الضرر ، أو ما هو أقل منه . وان كان غيرمقيد بشروط انتفع الانتفاع المعتاد . واذا هلكت العين مع مراعاة ما ذكر فى الحالين فلا ضمان عليه سواء هلكت قبل تمام الانتفاع أو بعده وقبل التمكن من ردها

أما اذا خالف المشروط الى ماهو أشد ضررا . أو جاوز المعتاد في الانتفاع أو تأخر عن ردها بلا عذر بعد استيفاء المنفعة . أو مات مجهلا لهافعليه الضمان . والأصل الذى ينبنى عليه لزوم الضمان وعدمه أن الاعيان المنتفع بها أمانات تحت يد المنتفع وحكم الأمانات أنها اذا استهلكت أو هلكت بالتعدى ضمنها المتعدى بأداء مثلها لصاحبها ان كانت مثلية . وباداء قيمتها ان كانت قيمية وان هلكت بدون تعد فلا ضمان على أحد بل تهلك على صاحبها

ويجب على المنتفع أن يعنى بحفظ العين المنتفع بها وصيانتهاعناية تامة كعنايته بأملاك نفسه وعليه وان كان الانتفاع بغير عوض فعليه مصاريفهاومؤنتها. وان كانت أرضا فعليه خراجها ومصاريف اصلاحها وسقيها وتطهير أنهارها ومصاريفها ان كان يحصل منها على منفعة والا فكل ذلك على المالك . واذا كان المنتفع به دارا للسكنى فعليه رمها واصلاح ما يطرأ من الخلل عليها . وسيأتى زيادة بيان لهذا المبحث في الكلام على الاجارة والاعارة

انتهاء حق الانتفاع

ينتهى حق الانتفاع بأحد ثلاثة أشياء

الأول ـ بانتهاء مدة الانتفاع

الثانى ـ بموت المنتفع مطلقا أى سواء ملك المنفعة بعقد معاوضة أو تبرع أو بغير عقد . وبموت أحد المتعاقدين في الاجارة والاعارة

الثالث ـ بهلاك العين المنتفع بها

ومتى انتهى حق الانتفاع فى الصورتين الأوليين وجب تسليم العين لصاحبها الا اذا ترتب على تسليمها ضرر للمنتفع أو ورثته

كما اذا كانت العين المنتفع بها أرضا بها زرع لم يبد صلاحه فانها تترك للمنتفع أو لورثته بأجر المثل فى المدة اللازمة لنضج الزرع . الا اذا كانت مستأجرة ومات المنتفع أثناء المدة فانها تترك لورثته بالأجر المسمى لرضاء المؤجر به من قبل واذا كانت المدة الباقية لاتفى بنضج الزرع تؤخذ الارض فى المدة الجديدة بأجر المثل وأمثلة ذلك ظاهرة[1]

حقوق الارتفاق

هذا هو النوع الثالث من الحقوق التى تترتب على الاموال وهى ملك ناقص لأن صاحبها لايملك التصرف المطلق فيها كما سيأتى

---

(١) حق الانتفاع فى القانون المدنى مبين فى المواد من ١٣ الى ٢٩ فقسم أنواع الانتفاع الى مؤبدة وهى ماتكون بين الحكومة والأفراد كاباحة الانتفاع بالأرض المملوكة للحكومة والمؤقتة ماتكون بين الأفراد وبعضهم — وبين حقوق المنتفع وواجباته بما لايخرج عما ذكر فى أحكام الشريعة الغراء ثم أبان حقوق المالك للانتفاع وواجباته وقال ان حقوقه هى المقابلة للواجبات التى على المنتفع ومثل لها بقوله : « وواجباته هي التخلية بين المنتفع والعين المنتفع بها بحيث يصير قادراً على استيفاء المنفعة بدون منازع ولا معارض — وكذلك أبان زوال حق الانتفاع وحصر أسباب زواله فيما يأتى : (١) انقضاء المدة المقررة له فى العقد (٢) وفاة المنتفع ان لم يكن فى العقد مدة معينة (٣) ترك المنتفع حقه (٤) هلاك العين المنتفع بها (٥) فسخ المالك للعقد اذا وجد مايقتضى ذلك (٦) عدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة وحينئذ يرجع الملك التام للمالك ثم ذكر ضمان المال المنتفع به بما لايخرج عن أحكام الشريعة الغراء

والارتفاق لغة الاتكاء على مرفق اليد ويطلق على كل مايستعان به
وشرعا حق مقرر على عقار لمنفعة عقار لشخص آخر
وهذه الحقوق هى حق الشرب . وحق المرور . وحق المجرى .
وحق المسيل .

حق الشرب

الشرب بكسر الشين لغة النصيب من الماء
وشرعا نوبة الانتفاع بالماء سقياً للأرض . وهو مشروع من قديم
الزمان والدليل على مشروعيته قوله تعالى « ونبئهم أن الماء قسمة بينهم
كل شرب محتضر » أى كل نصيب يحضره أصحابه لاستيفائه وقوله
« لها شرب ولكم شرب يوم معلوم » والضمير فى لها يعود على ناقة
سيدنا صالح وفى لكم يعود على قومه
وأما الشرب بالضم فهو التناول بالشفة
والمياه الصالحة لسقى الاراضى والحيوانات على ثلاثة أقسام
الأول — مياه الأنهار العظيمة والترع العمومية وهذا القسم
يسمى شربا عاماً
الثانى — مياه الأنهار المملوكة لاشخاص معينين وهذا القسم
يسمى شربا خاصا
الثالث — المياه التى وضعها الناس فى الاوانى والصهاريج الخاصة
وهذاالقسم يسمى ماء محرزا
وحكم القسم الاول وهو الشرب العام أنه يجوز لكل انسان أن

ينتفع به أى انتفاع شاء فله أن يسقى أرضه ودوابه وأن ينصب عليه آلة رافعة بخارية أو غير بخارية وأن يشق منه جدولا يوصل المياه الى ملكه الى غير ذلك من أوجه الانتفاع بشرط أن يكون فى شىء من ذلك ضرر بين للعامة والا منع كما اذا ترتب عليه تخريب الجسور أو قلة المياه قلة لاتسمح بسير السفن فتتعطل المصالح التجارية وغيرها أو نحو ذلك

ومياه هذا القسم تقسم على الاهالى بنسبة أراضيهم الزراعية وهذا التقسيم يكون اما بالزمن بأن تأخذ كل جهة أياما محدودة وكل واحد ساعات معينة . وأما بالعداد بأن تأخذ كل جهة أمتاراً مكعبة من المياه معلومة المقدار أو مايشبه ذلك

وحكم القسم الثانى وهو الشرب الخاص أنه لايجوز لغير الشركاء أن يسقى منه أرضه الا برضا أصحابه ولكن يجوز التناول بالشفة مالم يضر ضررا بينا كمنع المياه من الوصول الى الارض أو تخريب الجسور أو نحو ذلك والا منع . وانتفاع الشركاء بمياه هذا القسم يكون على حسب المتفق عليه فلا يجوز لاحدهم أن يغير شيئا مما اتفقوا عليه بدون رضا الجميع كشق جدول أو رفع ساقية ونحوها من أسفل الى أعلى أو بالعكس أو استيفاء أكثر من حقه فى الماء أو احداث آلة رافعة الا اذا كانت بطن النهر وحافته التى توضع عليها الآلة الرافعة ملكا له بشرط أن لايضر ذلك بأحد

وان لم يكن بينهم اتفاق على كيفية الانتفاع قسمت المياه عليهم بنسبة أرضهم الزراعية بالصفة التى سبق بيانها فى تقسيم مياه الشرب العام

ومن الشرب الخاص مياه الآبار والسواقي المحفورة في ملك الاهالي فتعطي أحكامه السابقة واذا منع أصحابها الناس من الدخول في أرضهم لاستيفاء حق الشفة بدون أن يترتب على هذا الدخول ضرر للارض ولا للمياه خيرهم الحاكم بين أن يدخلوهم ويدخلوا دوابهم وبين أن يخرجوا المياه الى الطريق العام للسقيا

واذا أباح ملاك هذا القسم لشخص سقي أرضه من مياه شربهم جاز لهم منعه ان لم يكن قد اكتسب هذا الحق بتقادم الزمان لانهم متبرعون والمتبرع له حق الرجوع في أى وقت شاء .

وحكم القسم الثالث وهو الماء المحرز أنه مملوك لمن أحرزه ملكا تاما لانه ماء مباح سبقت يد المحرز اليه وقد قال عليه الصلاة والسلام « من سبقت يده الى مال مباح فهو له » ولذا لايجوز لغير مالكه الانتفاع به بدون اذن الا اذا كان مضطرا فيأخذه بقيمته لان الاضطرار لايبطل حق الغير

ومتى ثبت حق الشرب لشخص لايجوز منعه من استيفائه وهو لايثبت الا اذا كان قديما . والمراد بالقديم هنا هو الذى لايعرف الجيران مبدأه واذا سقى شخص أرضه سقياً معتادا فسال منها الماء بدون تعديه الى أرض الغير وترتب على ذلك تلف الزرع فلا ضمان عليه وان كان السقي أكثر من المعتاد فعليه الضمان

ولا يصح التصرف في حق الشرب مستقلا ببيع ولا رهن ولا هبة ولا اجارة ولا غير ذلك الا أنه يورث ويوصى به لان الميراث أمر حكمي قهرى يفيد تملك الوارث رغم ارادته ما تركه المورث له من

الاملاك . والوصية لكونها تصرفا مضافا الى مابعد الموت تلحق بالميراث فى حكمه أما اذا كان التصرف تابعا للارض فانه يصح مطلقا وقال بعض علماء الحنفية والامام احمد بن حنبل بجواز التصرف فيه مستقلا بسائر التصرفات الشرعية

وحكم بقية حقوق الارتفاق فى ذلك كحكم الشرب

حق المرور والمجرى والمسيل

حق المرور هو أن يثبت لشخص حق السير فى ملك غيره ليصل الى ملكه سواء كان ملك هذا الغير دارا أو أرضا زراعية . ومن ثبت له هذا الحق جاز له أن يستوفيه كما ثبت له لا أكثر فاذا كان لشخص حق المرور بعربته ودوابه فى ملك غيره فلا يكون لصاحب الملك منعه من استيفائه وان زاد عما ثبت له منع من الزائد

وحق المجرى هو أن يكون لشخص حق اجراء الماء فى ملك الغير ليصل الى ملكه

وحق المسيل هو أن يكون لشخص حق اسالة المياه أى تصريفها فى ملك غيره لتصل الى المصارف العامة

ولا يصح أن يمنع ذو حق من هذه الحقوق من استيفائه الا اذا كان فى عدم المنع ضرر بين كما اذا كان لشخص فى طريق عام أو خاص مسيل قذر يتأذى به المارة فانه تجب ازالته ويمنع صاحبه من استيفائه ازالة للضرر عن المارين لان الضرر يزال شرعا ولو كان قديما ولا يثبت بالاباحة حق من هذه الحقوق كما فى الشرب

ويترتب على عدم جواز المنع من استيفاء حقوق الارتفاق أنه لو كان لشخص ميزاب قديم يصب مياه الامطار فى دار جاره أو كان له مسيل مار من دار جاره لاخراج المياه القذرة بواسطته الى المصارف العامة أو مجرى كذلك يوصل ماء الشرب الى داره فلا يجوز منع صاحبه من الانتفاع به ما دام لايضر شئ منها بالجار ضرراً بينا فان أضر به منع

ويترتب على ذلك أنه لو تهدم المسيل أو المجرى من الجزء المار بدار الجار فعلى المنتفع به اعادة ماتهدم واصلاح ما اختل فان أعاده فبها والا جاز للجار أن يمنعه من الانتفاع دفعاً للضرر عن نفسه

واذا أراد المنتفع دخول الدار لاعادة ماتهدم واصلاح ما اختل فمنعه صاحبها من الدخول يخير صاحب الدار بين أحد أمرين اما أن يتركه يدخل ليصلح واما أن يصلح هو من مال نفسه ولا يرجع بشئ على المنتفع (١)

(١) عرف القانون وشرحه الارتفاق فى المادة الثلاثين بأنه هو تكليف مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر أو لمنفعة الميرى وهو موافق للمعنى الشرعى الا ان هذا أشمل — ويتبع فيه شروط العقد الذى ترتب عليه وجود هذا التكليف وعرف البلد — وقسم شارح القانون حقوق الارتفاق الى ستة أنواع (١) حق استعمال مياه الترع العمومية (٢) حق المرفى أرض الغير وحق المر الشخصى (٣) حق البناء على البناء (٤) حق الجار فى بقاء الجدار (٥) حق تحديد المسافة بين مسكنين (٦) حق تحديد المسافة بين المساكن والمحال الخطرة وما شاكلها

والأقسام الأربعة الأولى موافقة فى جميع أحكامها لما هو مقرر فى الشريعة الغراء الا فى تقييد المنتفع بمياه الترع العمومية بأوامر الحكومة فيما يختص بتركيب الآلات الرافعة للمياه ورى الأرض فى أيام التحاريق وحق الجار فى منع جاره الذى له حائط أو سياج فى هدمه لغير باعث قوى ان كان فى ذلك ضرر

حق التعلى

حق التعلى هو عبارة عن ثبوت حق القرار لشخص بعلوه على سفل لآخر اذ كثيراً ما يكون العلو مملوكا لشخص والسفل مملوكا لآخر ويتصور ذلك فى حالة ما اذا باع صاحب الدار الدور العلوى منها فقط دون السفلى وهذا جائز شرعاً لان المبيع عبارة عن البناء القائم وهو مال متقوم مملوك مقدور التسليم ومتى حصل ذلك كان لصاحب العلو حق القرار على سقف الدور السفلى الذى هو ملك لصاحب السفل اذ هو من متممات دوره لان الدور اسم للبناء المسقوف . ومعنى ثبوت حق القرار أنه كلما انهدم العلو جاز لصاحبه تجديده وقد اختلف فى حكم جواز الزيادة على البناء الاصلى سواء كان فى الارتفاع أم فى عدد الحجر فقال بعض الفقهاء لاتجوز مطلقا الا باذن صاحب السفل أى سواء كانت الزيادة مضرة بالسفل أم لا وسواء وافقت الرسم المعتاد أم لا . وقال بعضهم تجوز مطلقاً ان لم يكن فيها ضرر . وفصل آخرون

= له واذا اختلف فى وجود الباعث القوى فوض الرأى الى القاضى فى تقديره وهذا التقييد وان لم يوجد صراحة ضمن أحكام الشريعة الغراء الا أنه يؤخذ من قواعدها العامة كقاعدة (الضرر يزال شرعا) لأن أوامر الحكومة بذلك لم تصدر الا لازالة الضرر وجلب النفع وكذلك القسمان الأخيران فانهما وان لم يذكرا بالنص فى أحكام الشريعة الغراء فانها ذكرتهما بالمعنى فى الحقوق الجوارية كما سيأتى — والمسافة فى القانون بين المسكنين هى متر من كل مالك الا اذا كانت نافذة أحدهما مقابلة على خط مستقيم لنافذة الآخر والطنف كالنافذة فى ذلك — والمسافة بين المساكن والمحال الخطرة أو المضرة بالصحة أو المقلقة لراحة السكان تكفلت ببيانها لائحة ٢٨ اغسطس سنة ١٩٠٤ نمرة ١٣ فليراجعها من شاء) .

فقالوا ان وافقت الرسم المعتاد ولم تضر جازت ولو بدون رضا صاحب السفل لأن حالة المبانى تختلف باختلاف الزمان والمكان وان لم توافق الرسم المعتاد لا تجوز الا باذن صاحب السفل ولو لم تضر اذ ربما يكون فى الزيادة حينئذ تشويه منظر الدار

ومتى كان لشخص سفل ولآخر علو عليه كان لكل منهما حقوق على الآخر منها أنه لا يجوز لأحدهما أن يتصرف فى ملكه تصرفاً يضر بالآخر الا باذنه كأن يحدث صاحب السفل بالوعة أو بئراً أو قناة بجوار الحائط أو يفتح نافذة أو أكثر أو يكسر خشبة من السقف أو نحو ذلك من التصرفات التى يترتب عليها عادة انهدام البناء أو وهنه لأن فى ذلك ضرراً أيضاً بصاحب العلو اذ يقصر أجل بناء دوره وكأن يدق صاحب العلو دقاً شديداً على السقف فيتساقط التراب على صاحب السفل وعلى أمتعته أو أن يضع كثيراً من الأثقال على جزء صغير من السقف لا يحتمله عادة أو نحو ذلك ومن الحقوق التى لصاحب السفل على العلو ستر مبانيه من تأثير الشمس والأمطار كما أن لصاحب العلو حق القرار المذكور ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لأحدهما أن يهدم بناءه تعدياً للاضرار بالآخر فان فعل ذلك أجبر على اعادته حتى يتمكن الآخر من استيفاء حقه الثابت له واذا تسبب عن هدم السفل تعدياً انهدام العلو ألزم صاحب السفل بقيمته يوم انهدامه . أما اذا انهدم أحدهما بدون تعد فلا يجبر صاحبه على اعادته بل يطلب منه ذلك فان أعاده فبها والا جاز للآخر بناؤه بمصاريف من طرفه

ويرجع بما صرفه على صاحبه بالغاً ما بلغ ان كان البناء باذنه أو بأمر القاضى والا رجع بما يقدره الخبراء العادلون وقت البناء واذا لم يدفع المالك ما صرف على بناء دوره جاز لمن بناه أن يمنعه من الانتفاع به حتى يؤدى له ما وجب عليه وله أن يؤجره باذن القاضى المدة الكافية لحصوله على حقه ثم يعيده لصاحبه . واذا كان لكل من السفل والعلو باب خاص به اعتبر كل من صاحبيهما جاراً ملاصقاً ولا يجوز لأحدهما أن يمر من ملك الآخر وان كان لهما باب واحد كان لكل منهما حق المرور منه [1]

حقوق المعاملات الجوارية

جعلت الشريعة الاسلامية للجوار من الحقوق وحسن المعاملة ودوام المجاملة ما لم تجعله لغيره لشدة الارتباط الذى اقتضاه الاشتراك فى كثير من مرافق الحياة وتبادل المنافع بين الجيران . ومراعاة تلك الحقوق والواجبات من أمهات المفاخر التى حثت الأحاديث النبوية على التحلى بحلاها فمن ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « ما زال جبريل يوصينى بالجار حتى ظننت أنه سيورثه » وقوله « لا يؤمن أحدكم حتى يأمن جاره بوائقه » وقوله فى مقام الارشاد

(١) تكفلت المواد ٣٤ و٣٥و٣٦و٣٧ من القانون المدنى ببيان حقوق كل من صاحب العلو والسفل على الآخر وهى كلها موافقة لما ذكر فى هذا الموضوع من أحكام الشريعة الغراء غير أن المادة ٢٧ توجب اجبار صاحب السفل على اعادة سفله ولو سقط بآفة سماوية وان لم يمتثل جاز بيع ملكه بالمحكمة « وقد رأى شارح القانون لزوم استبدال كلمة جاز من عبارة (والاجارة بيع ملكه بالمحكمة) بكلمة وجب وأبان سبب ذلك بياناً شافياً »

والدعوة الى مكارم الاخلاق بالحكمة والموعظة الحسنة «أتدرون ما حق الجار : ان استعان بك أعنته . وان استنصرك نصرته . وان استقرضك أقرضته . وان افتقر عدت اليه . وان مرض عدته . وان مات تبعت جنازته . وان أصابه خير هنأته . وان أصابته مصيبة عزيته . ولا تطل عليه بالبنيان فتحجب عنه الريح الا بأذنه . وان اشتريت فاكهة فأهده . فان لم تفعل فأدخلها سرًا ولا يخرج بها ولدك ليغيظ بها ولده . ولا تؤذه بقتار (رائحة) قدرك الا أن تغرف له منها» ثم قال «أتدرون ماحق الجار والذى نفس محمد بيده لا يبلغ حق الجار الا من رحمه الله)

وقيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم (إن فلانة تصوم النهار وتقوم الليل وتؤذى جيرانها فقال هى فى النار) وقال عليه الصلاة والسلام (من كان يؤمن بالله واليوم فليكرم جاره)

ومن ذلك يتضح أنه يجب على الانسان أن يكرم جاره ويساعده ويغار عليه كما يغار على عرض نفسه وبالأولى يجب عليه أن لا يعمل ببنائه أو غيره عملا يضر بالجار ضررًا بينًا لا يحتمل عادة وهو الذى يمنع الحوائج الأصلية أى المنافع المقصودة كمنع الضوء والهواء بالكلية بأن يبنى بناء يسد به نوافذ جاره أو يجعل شبابيك مقر رجاله فى داره المحدثة أمام شبابيك مقر نساء جاره القديم أو يحدث بيدرا فى مهب الريح وبجواره دور أو محال تجارية أو صناعية بحيث يضر غباره أمتعة أصحابها أو أن يحدث مصنعًا للحديد أو النحاس أو نحوها أو آلة بخارية وسط منازل السكنى تقلق راحة السكان وتوهن مبانيهم أو أن يحفر بالوعة

أو مجرى أو مسيلا أو ماشاكل ذلك بجوار بناء جاره اذا كان فى احداثه ضرر للبناء وقس على ذلك كل ما يكون فى احداثه ضرر بين بالجار واحكم بأنه غير جائز ويمنع فاعله شرعاً

أما اذا أحدث شخص لنفسه ضرراً كما اذا جعل شبابيك مقر نسائه أمام مقر رجال داره أو بنى فى مهب الريح من جهة بيدر قديم أو نحو ذلك فلا يؤمر جاره بازالة الضرر عنه بل اذا تضرر هو فعليه ازالة الضرر عن نفسه

وليس للجار أن يجبر جاره على اقامة بناء أو نحوه على حدود ملكه ليكون فاصلا بين ملكيهما بل على من يريد ذلك أن يحدثه من ماله (١)

حكم التصرف

فى الحائط المشترك

اذا كان لجارين حائط مشترك بينهما فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف

---

(١) لم يرد فى القانون المدنى من حقوق المعاملات الجوارية الا ما جاء فى (المواد ٣٨ و ٣٩ و ٤٠ و ٤١) فمادة ٣٨ موافقة لما جاء بالمادة ٦٩ من كتاب مرشد الحيران التى نصها (لا يجوز للجار أن يجبر جاره على اقامة حائط أو غيره على حدود ملكه ولا أن يعطيه جزءاً من حائطه أو من الأرض القائم عليها الحائط) الا أن مادة القانون تزيد منع الجار من هدم الحائط المملوك له اذا كان فى ذلك ضرر بين بجاره وذلك أيضاً موافق للحكم الشرعى فان الفقهاء نصوا على أنه اذا ترتب على هدم جدار دار انهدام جدار الجار الملاصق له أو وهنه فلا يجوز هدمه الا بعد أن يأخذ جاره الاحتياط لحفظ مبانيه والمواد ٣٩ و ٤٠ و ٤١ خاصة ببيان تحديد المسافة بين المسكنين أو المساكن والمحال الأخرى وقد سبق بيانها

فيه تصرفاً يضر به الا باذن شريكه وذلك كرفع أخشابه من أسفل الى أعلى أو بتحويلها من اليمين الى الشمال أو بالعكس أو بوضع أخشاب عليه أكثر من المعتاد أو بتعليته أو بفتح نوافذ فيه سواء كان هذا التصرف يوافق الرسم المعتاد أم لا . أما اذا كان شىء من هذا التصرف لايضر فقال بعض الفقهاء أنه لا يجوز أيضا الا باذن الشريك وقال البعض الآخر أنه اذا وافق الرسم المعتاد جاز والا فلا يجوز وهذا هو الظاهر لاختلاف شكل البناء وارتفاع السقف باختلاف العرف والعادة والزمان والمكان ، واذا كان لأحدهما أخشاب عليه وأراد الآخر أن يضع مثلها فان كان الحائط يحتمل الجميع فله ذلك والا أجبر من له الأخشاب على أن يرفع منها بقدر مايزيد على نصف مايحتمله الحائط ليتمكن الآخر من وضع أخشابه تحقيقاً للمساواة بينهما فى الانتفاع

كتاب أسباب الملك التام

سبق لنا تعريف الملك فى الكلام على الملكية ، وأنه يتعلق بالأعيان المالية وبالمنافع وبالحقوق . وفصلنا أسباب ملك المنفعة وملك حقوق الارتفاق ، والآن نبين أسباب الملك المتعلق بالأعيان ، وهو مايسمى بالملك التام أى الذى يجعل لصاحبه حق التصرف المطلق فيما يملكه مادام مشروعا وهى نوعان عقود وغير عقود

فالعقود ثلاثة : البيع . والهبة . والوصية . وغير العقود ثلاثة أيضا وهى : الميراث . والشفعة . ووضع اليد على الأموال المباحة (١)

(١) أما القانون المدنى فقد ذكر أسباب الملك والحقوق العينية فى مادة =

العقود التى تفيد الملك

(١) البيع

البيع معناه لغة مطلق المبادلة سواء أكانت مبادلة مال بمال أم لا لقوله تعالى « ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة » ومعناه شرعا مبادلة المال بالمال والمراد المال المتقوم

وحكمه أنه متى استوفى شرائطه كان لازما أى لا يستقل أحد المتعاقدين بفسخه بل لا بد من رضاء الآخر وترتب عليه أثره وهو ملك المشترى للمبيع والبائع للثمن بمجرد تمام العقد ولو لم يحصل تسليم ولا تسلم وسيأتى الكلام على البيع مفصلا فى محله

(٢) الهبة (١)

الهبة معناها لغة مطلق التبرع والتفضل على الغير سواء كان بمال أو بغيره لقوله تعالى « فهب لى من من لدنك وليا يرثنى ويرث من آل

= وهى المادة ٤٤ وبيانها (١) العقود (٢) الهبة (٣) الميراث (٤) الوصية (٥) وضع اليد (٦) اضافة الملحقات للملك (٧) الشفعة (٨) المدة الطويلة وهى فيما عدا مضى المدة الطويلة موافقة لأسباب التملك الشرعى بقطع النظر عما يتعلق بالحقوق العينية

(١) راجع شرح الأحوال الشخصية

يعقوب واجعله رب رضيا » وقوله « ووهبنا لدواد سليمان »

ومعناها شرعياً تمليك المال فى الحال بلا عوض أما تمليك غير المال كالمنافع وتمليك المال بعد الموت أو بعوض فلا يسمى هبة وقد اختلف فى الهبة بشرط العوض فقال الامام أبو حنيفة وصاحباه أنها هبة ابتداء وبيع انتهاء ويتفرع على ذلك انها قبل تسليم العوض لا تملك الا بالقبض التام المستوفى لشرائطه الآتى بيانها ولا تنفذ فيها تصرفات الموهوب له قبله ويجوز للواهب التصرف فيها وغير ذلك من الأحكام. وقال زفر والشافعى انها بيع ابتداء وانتهاء فتملك بمجرد تمام العقد ولا تنفذ فيها تصرفات الواهب الا باجازة الموهوب له وهذا هو الظاهر والأول هو الذى عليه الفتوى هذا اذا كان العوض مالا فان كان غير مال بأن كان منفعة أو عملا أو كفا عن عمل شئ فلا يكون بيعا وركنها الايجاب والقبول وليس لهما ألفاظ مخصوصة بل كل ما أفاد تمليك المال فى الحال بلا عوض يصح أن يكون ايجابا وقبولا

وأما شروطها فمنها ما يكون فى الواهب ومنها ما يكون فى الموهوب له ومنها ما يكون فى الشئ الموهوب. فأما الشروط التى فى الواهب فهى أن يكون حراً بالغاً عاقلا غير محجور عليه لدين أو سفه مالكا للعين الموهوبة فمن استوفى هذه الشرائط صحت هبته ولو بكل ماله على رأى الامام وأبى يوسف لأى شخص شاء سواء كان لمورثه أم لا وقال محمد وبعض المحققين من الحنفية انه لا يصح التبرع بكل المال ولو فى وجوه الخير وعدوا من يفعل ذلك سفيها يجب الحجر عليه كما سيأتى

وهذه الشروط انما هي بالنسبة للصحيح أما المريض وهو الذي يعجز عن مباشرة أعماله وينتهي مرضه بالموت فحكم هبته كحكم الوصية الآتي بيانها . وأما الشروط التي في الموهوب له فهي أن يكون موجودا تحقيقا وقت الهبة بأن يكون مولودا ولو صغيرا لا يعقل أو مجنونا ويقبل عنه وليه أو وصيه أو من هو في كفالته ولو كان أجنبيا عنه ويقبضها له أما اذا لم يكن موجودا أصلا أو كان موجودا تقديرا بأن كان جنينا في بطن أمه فلا تصح له الهبة مطلقا بل تكون باطلة

وأما الشروط التي في الشيء الموهوب فخمسة . الاول أن يكون موجودا تحقيقا كما ذكر فلا تصح هبة ما تخرج الأشجار من الثمار أو تلد الدابة من النتاج . الثاني أن يكون مالا متقوما . الثالث أن يكون مملوكا في نفسه الرابع أن لا يكون متصلا بملك الواهب اتصال قرار كالزرع والشجر والبناء دون الأرض بل يجب فصلها وتسليمها حتى تملك للموهوب له أما اذا لم يكن الاتصال اتصال قرار بل اتصال مجاورة بأن كان الموهوب مشغولا بملك الواهب أو شاغلا له فالحكم أنه في الصورة الأولى لا يكون التسليم معتبر الا اذا كان بعد اخلاء الشيء الموهوب تماما وتسليمه فارغا منه وفي الصورة الثانية يصح التسليم ويكون معتبرا شرعا بمجرد التخلية بين الموهوب له والشيء الموهوب والمراد بالتخلية ازالة الموانع من التسلم والاذن بالأخذ . الخامس أن يكون مفرزا أي غير مشاع ولكن هذا ليس على اطلاقه بل فيه تفصيل وبيانه : أن المشاع اما أن يكون قابلا للقسمة أي يمكن الانتفاع به بعد القسمة الانتفاع الأصلي أولا والهبة اما أن تكون للشريك أو

لغيره فان كانت هبة المشاع للشريك صحت سواء أكان قابلا للقسمة أم لا وان كانت لغيره فان كان غير قابل للقسمة صحت أيضا وكان تسلمه الموهوب مشاعا معتبراً لانه لا يمكن الافراز الا بضرر وهو يزال شرعا وان كان قابلا للقسمة فلا تصح الهبة ولا تملك الا اذا سلم الموهوب بعد الافراز بأن يقسم ثم يسلم ولو بعد صدور عقد الهبة وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام (لاتجوز الهبة الا مقبوضة) أى لا تصح والقبض اذا أطلق ينصرف للكامل منه ولا يكون كاملا الا اذا دخل فى حوزة القابض من كل وجه والمشاع ليس كذلك لأنه بعد القبض يكون فى حوزته من وجه وفى حوزة شركائه من وجه آخر ومن الممكن جعله فى حوزته وحده بقسمته أولا . والحكمة فى ذلك أن الهبة عقد ضعيف لعدم البدل فيها فيجب فى ثبوت الملكية أن يتقوى بالقبض ويتفرع على ماذكر أنه لو قبض الموهوب له الهبة مشاعة فيما يقبل القسمة لايملكها ولا تنفذ فيها تصرفاته ويضمنها بمثلها أو قيمتها ان استهلكها ويجوز للواهب أن يستردها بدون قضاء ولا رضاء ويتصرف فيها بسائر التصرفات الشرعية. وحكمها أنها متى استوفت شرائطها تفيد الملك بالقبض التام المعتبر شرعا وهو ما كان باذن الواهب صراحة كخذ العين الموهوبة لك أو دلالة كأن يأخذها الموهوب له بحضور الواهب ولم ينهه عن أخذها فان نهاه فلا يكون القبض معتبرا

وقال الامام مالك رضى الله عنه ان الهبة تملك بمجرد العقد كالبيع ولو لم يقبضها وملك الهبة بعد القبض غير لازم عند الحنفية فيجوز الرجوع فيها مع الكراهة بحكم من القاضى مادام الرجوع ممكنا والدليل على

ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها » أى لم يعوض عنها

وتبطل الهبة اذا مات الواهب أو الموهوب له أو هلك الشئ الموهوب قبل التسليم وقال الامام مالك لاتبطل لأنها تملك عنده بمجرد العقد كما سبق وأحكام الهبة مذكورة بأوسع بيان فى قسم الأحوال الشخصية [1]

---

(١) أما مايتعلق بعقد الهبة قانونا فأحكام قليلة جدا لأن لائحة ترتيب المحاكم الأهلية نصت فى المادة (١٦) على أنه لايجوز للمحاكم الأهلية النظر فى الهبة لتعلقها بالأحوال الشخصية وما ذكر منها قانونا يختص بشروط الهبة وشكل عقدها . وحكمها . وما يبطلها وذلك مدون بالمواد من (٤٨ — ٥٢) بالتسلسل فأما شروطها فكلها موافقة للنصوص الشرعية ماعدا ماجاء بالمادة (٥١) من أن الهبة لاتبطل بموت الموهوب له قبل القبول ولورثته حق قبولها فان الشريعة توجب ارتباط القبول بالايجاب فى جميع العقود ماعدا عقد الوصية

وأما شكل عقدها فقد اشترط القانون أن يكون رسميا فان لم يقترن القبول بالايجاب وجب أن يكون كل منهما رسميا أيضا والا كانت باطلة وذلك فيما عدا ما اذا كان الموهوب منقولا وتسلمه الموهوب له من الواهب — والشريعة لاتشترط ذلك — وأما حكمها قانونا فهو افادة الملك بمجرد العقد وهو موافق لرأى الامام مالك رضى الله عنه ولكنها لاتتم بالقبض الا اذا كان الموهوب عقارا مسجلا فانه يجوز للواهب وضع يده عليه: ولا يجوز الرجوع فيها متى كان العقد رسميا أومنقولا وتسلم . والقبض فى العقار بالتخلية وفى المنقول بالمعاطاة . ويبطلها : الاكراه على الاعطاء أو الأخذ . وكون عقدها غير رسمى فى العقارات والمنقولات التى لم تسلم للموهوب له وموت الواهب أو فقده الأهلية قبل القبول أما الموهوب له فقد سبق أن موته لايبطلها وبالأولى لا يبطلها فقده الأهلية ويكون للورثة حق قبولها لأن ارتباط القبول بالايجاب ليس بشرط قانونا

(٣) الوصية [(١)]

الوصية اما أن تكون بالأعيان واما أن تكون بالمنافع فالوصية بالمنافع سبق بيانها فى الكلام على أسباب ملك المنفعة وحق الانتفاع والوصية بالأعيان هى المرادة هنا لانها هى التى تفيد الملك التام واليك بيانها بالاختصار

الوصية معناها شرعا تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع وركنها الايجاب والقبول وهذا العقد ليس كبقية العقود فى وجوب ارتباط القبول بالايجاب فى مجلس العقد بل القبول فيها لايكون معتبرا شرعا الا بعد وفاة الموصى وأما قبل وفاته فلا يكون معتبرا ولا يفيد تملك العين الموصى بها بل يكون للموصى مادام حيا الحق فى ابطال الوصية والتصرف فى العين الموصى بها التصرف المطلق ويترتب على ذلك أنه اذا قبل الموصى له الوصية بعد وفاة الموصى صراحة كأن يقول قبلت أو أخذت أو دلالة كأن يموت الموصى له بعد وفاة الموصى قبل القبول والرد فانه يملكها حال حياته وتورث عنه اذا مات واذا ردها بطلت الوصية ورجعت العين الى ملك ورثة الموصى

ولا فرق فى صحة الوصية بين صدورها من الموصى حال صحته أو فى مرض موته

---

(١) راجع شرح الأحوال الشخصية

وللوصية شروط كثيرة منها مايكون فى الموصى ومنها مايكون فى الموصى له ومنها مايكون فى العين الموصى بها

فالشروط التى تكون في الموصى هى أن يكون حراً بالغاً عاقلا غير مدين دينا مستغرقا لتركته والتى فى الموصى له أن يكون موجودا ولو تقديرا بأن كان جنينا وقت وفاة الموصى اذا كانت الوصية لغير معين كأن قال أوصيت لأولاد فلان بكذا فان كانت لمعين اشترط وجوده وقت الوصية ووقت وفاة الموصى . وأن يكون غير وارث والتى فى العين الموصى بها ان تكون مالا متقوما مملوكا فى نفسه ومملوكا للموصى وقت وفاته وألا تزيد على ثلث التركة ان كان له وارث

وحكمها أنها تفيد الملك بالقبول ولو قبل القبض وذلك على التفصيل الآتى وبيانه

أن الموصى اما أن يكون له ورثة أولا . وعلى كل فاما أن يكون مديناً أو غير مدين واذا كان مدينا فاما أن يكون دينه مستغرقا لتركته أولا .والموصى له اما أن يكون وارثا أو غير وارث . والموصى به اما أن يكون مساويا لثلث التركة أو أقل أو أكثر . فان كان الموصى لادين عليه ولا وارث له جاز له أن يوصى بماله كله أو بعضه لمن يشاء وان كان مدينا دينا مستغرقا لتركته فلا تنفذ وصيته بأى مقدار كان لأى شخص كان الا اذا أجازها الدائنون سواء أكان له وارث أم لا لأن حق الدائنين فى التركة مقدم على حق الورثة وان كان غير مدين أصلا وله ورثة فان كانت الوصية لوارث فلا تنفذ سواء أكان الموصى به قليلا أم كثيراً الا باجازة الورثة لقوله صلى الله عليه وسلم « لاوصية لوارث

الا أن تجيزها الورثة » اذ لايخفى ماينتج عن تفضيل بعض الورثة على بعض من الشقاق والبغضاء المنهى عليه بقوله تعالى « ولا تنازعوا فتفشلوا وتذهب ريحكم » وان كانت لغير وارث فان كانت مساوية لثلث التركة أو أقل نفذت بدون توقف على اجازة الورثة وان كانت بأكثر نفذت فيما يساوى الثلث وتوقفت على الاجازة فيمازاد عن الثلث وذلك لما روى عن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه أنه قال « جاءنى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى فى مرض اشتد بى فقلت يارسول الله قد بلغ بى من الوجع ماترى وأنا ذومال ولا يرثنى الا ابنة لى أفأوصى بثلثى مالى قال لاقلت فالشطر يارسول الله قال لاقلت فالثلث قال الثلث والثلث كثير . لان تترك ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » وان كان مدينا دينا غير مستغرق لتركته بأن كان دينه ألف جنيه مصرى وتركته تساوى أربعة آلاف اعتبر مايساوى الدين تركة مستقلة مستغرقة بالديون والباقى تركة خالية عنها وأعطى لكل منهما حكمه وبقية أحكام الوصية مذكورة بأوسع بيان وأحسن تفصيل فى الأحوال الشخصية (١)

---

(١) لم يتعرض القانون المدنى لأحكام الوصية لان المادة (١٦) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية لم تجز نظرها فى هذه المحاكم ولهذا أحال القانون بالمادة (٥٥) كل طائفة على أحوالها فيما يختص بعقد الوصية

غير العقود التى تفيد الملك

(١) الميراث[١]

الميراث له معان كثيرة فيطلق على الارث وعلى مايتركه الميت لورثته . وعلى علم الميراث الذى يعرف به الوارث من غيره ونصيب كل وارث . والمسلمون يتبعون فى توارثهم أحكام الشريعة الغراء المبينة فى محلها . وأما الذميون فيتبعون فى توارثهم أحكام أحوالهم الشخصية لقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه « أمرنا بتركهم وما يدينون » فان تراضو وترافعوا الى القاضى الشرعى حكم بينهم بمقتضى نصوص الشريعة الاسلامية لقوله تعالى « فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم » ثم قال : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله »[٢]

---

(١) راجع شرح الأحوال الشخصية

(٢) ليس فى القانون المدنى مايخالف ماذكر فقدجاء بالمادة ٥٤ مانصه «يكون الحكم فى المواريث على حسب المقرر فى الاحوال الشخصية بالملة التابع لها المتوفى. أما حق الارث فى منفعة الأموال الموقوفة فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية » وهى الشريعة الاسلامية وقد استثنى شارح القانون من عموم المادة المذكورة حالة أخرى وهى ما اذا اختلف الورثة من الاقباط أمام البطركخانة فانهم فى هذه الحالة يتوارثون على مقتضى الشريعة الغراء. (شرح القانون ص ٢٧)

(٢) الشفعة

الكلام على الشفعة ينحصر فى : تعريفها . وأصل مشروعيتها وأسبابها . وماتثبت فيه وما لاتثبت . وطلباتها . وأحكامها . والتصرف فيها . واستحقاقها . وتجزئتها . وما يسقطها . واليك بيان كل

تعريف الشفعة

الشفعة فى اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم ضد الوتر يقال شفع الرجل شفعاً اذا ضم اليه آخر وهذا المعنى ملحوظ فى هذه التسمية لأن الشفيع يضم المأخوذ بالشفعة الى ملكه

ومعناها شرعا حق تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبراً على المشترى بما قام عليه من الثمن والمصاريف

أصل مشروعيتها

الشفعة مشروعة على خلاف القياس بالسنة والاجماع أما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام « الجار أحق بشفعة جاره وينتظر بها ان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا » وقوله « جار الدار أحق بالدار من غيره » وماروى عن جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « قضى بالشفعة فى كل شركة لم تقسم ربعة (محل السكنى) أو حائط (بستان) أو أرض لايحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك وان باعه ولم يؤذنه

فهو أحق به » وعن عبادة بن الصامت رضى الله عنه أن النبى عليه الصلاة والسلام « قضى بالشفعة بين الشركاء فى الأرضين والدور » وأما الاجماع فهو مانراه من الأخذ بها فى كل زمان ومكان من غير نكير على ذلك من أحد أئمة الاسلام . وانما كانت شرعيتها على خلاف القياس لأن الأصل فى الشريعة الغراء أن لايسلب شخص حق الملكية برضاه ولا يجوز انتزاع هذا الحق جبرا عليه الا بمسوغ شرعى كما هنا

حكمة مشروعية الشفعة

حكمة مشروعية الشفعة عند الامام أبى حنيفة وأصحابه دفع الضرر الدائم عن الشفيع الذى ربما ينشأ من المشترى بسبب سوء المعاشرة والمعاملة لا سيما اذا كان يضاده فى الأخلاق والعادات فان الضرر يكون حينئذ عليه أشد والأذى له ألزم ففى آثار الحكماء « أضيق السجون معاشرة الأضداد » وقد بنيت هذه الحكمة على ما قرره الأصوليون من أنه لاضرر ولا ضرارا فى الاسلام وان الضرر يزال شرعا وعلى هذا ففى كل شراء يخشى منه ضرر دائم لمن يتصل عقاره بالمبيع يكون له حق دفع هذا الضرر بالأخذ بالشفعة ولا فرق بين أن يكون الاتصال بالشركة أو بالجوار فى ثبوت هذا الحق كما سيأتى وقد لاحظ الفقهاء أن هذه الحكمة أى خوف حصول الضرر للشفيع تضعف جداً أمام حرمان المشترى من التمتع بربحه فى المبيع الذى قد يكون كثيرا جدا ويظهر ذلك جليا فى بيع الأصول لفروعهم مثلا بعض

عقارهم أو كله بالثمن للبخس فأخـذه بالشفعة يوجب بالتحقيق ضررا للمشترى أشد من ضرر الشفيع بجواره له ومما يزيد هذه الحكمة ضعفا أن الشفعة فى ذاتها لا تدفع ضرر الجوار الجديد لأن الأخذ بها يحدث جوارا جديدا أيضا فيقع الشفيع فيما فر منه ولا تظهر هذه الحكمة جليا الا اذا كان المبيع مشاعا لا يقبل القسمة كما لا يخفى فلهذا قالوا ان حق الشفعة ضعيف يسقط بأوهى الأسباب ودوّنوا لاسقاطها من الحيل ما لا يدخل تحت حصر وقد بالغوا فى ذلك فقال بعضهم انه اذا كان الاخبار بالبيع فى أول الكتاب أو وسطه وأتم قراءته قبل الطلب بطلت شفعته (١)

سبب الأخذ بالشفعة

سبب الأخذ بالشفعة هو اتصال ملك الشفيع بالعقار المبيع اتصال شركة أو اتصال جوار من وقت البيع الى وقت الأخـذ بالشفعة والشركة على ثلاثة أنواع : شركة فى نفس العقار المبيع بأن يكون لأخوين منزل ورثاه عن أبيهما ولم يقتسماه . وشركة فى أرض الحائط بأن كانا فى المثال السابق قد اقتسما المنزل وأبقيا أرض الحائط الفاصل

---

(١) قد لاحظت ذلك الحكومة المصرية أيضاً فنصت فى المادة الثالثة من قانون الشفعة على أنه لا شفعة فيما بيع من الأصول لفروعهم وبالعكس ولا فيما بيع من أحد الزوجين للآخر أو من المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة .

بينهما مشتركة وشركة فى حقوق الارتفاق بأن كان لاثنين أو أكثر شرب خاص أو طريق خاص . وقد اختلف الفقهاء فى تفسير الشرب الخاص فقال الامام ومحمد أنه النهر الصغير الذى لاتجرى فيه السفن وقال عامة المشايخ انه ما يحصى مالكوه عددا ولكنهم اختلفوا فيما يحصى فقال بعضهم هو ما كان أقل من خمسمائة . وقال البعض الآخر هو ما كان أقل من أربعين . وقال آخرون يفوض الرأى الى القاضى ليفصل فيما اذا كان الشرب عاما أو خاصا . والطريق الخاص هو ما كان غير نافذ فاذا باع شخص داره التى بابها فى هذا الطريق الخاص كان لجميع الشركاء فى الطريق وهم الذين أبواب دورهم فيه حق الأخذ بالشفعة ولو لم يكونوا ملاصقين للدار المبيعة لأن حق الارتفاق مقدم على الجوار واذا تفرع من الشرب الخاص أو الطريق الخاص شرب خاص أو طريق خاص أو أكثر وباع أصحاب الداخل منهما عقاره كان للشركاء فيه خاصة حق الشفعة دون أصحاب الخارج أما اذا باع أحد أصحاب القسم الخارج عقاره فللجميع حق الأخذ بالشفعة بلا فرق بين أصحاب الداخل والخارج لان لهم كلهم حق المرور فى القسمين هذا كله اذا لم يكن فى الطريق الخاص مسجد عام والا كان من أوله الى باب المسجد طريقاً عاماً . وحكم الطريق العام أنه لاشفعة فيه الا للجار الملاصق ولو لم يكن باب داره فى الطريق الذى فيه باب الدار المبيعة ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الطريق واسعاً أو ضيقاً وبين أن يكون الجزء الملاصق من دار الشفيع المبيع قليلا أو كثيرا فبمقدار شبر واحد ملاصق يثبت لصاحبه حق الشفعة فى كل المبيع كما

يثبته لمن كان ملكه ملاصقا من جهتين على السواء[١]

أما اذا كان بين الجارين فاصل فلا شفعة وقيل ان كان الفاصل صغيراً بحيث لايصلح أن يكون ممرا ثبتت الشفعة للجوار حكما والا فلا شفعة والاول هو المعتمد

ويعتبر كل من صاحب العلو والسفل جارا ملاصقا ان كان لكل منهما باب وحده وكان أحدهما أو كل منهما فى طريق عام فان كان بابهما واحداً أولهما بابان فى زقاق غير نافذ فهما شريكان فى حقوق الارتفاق

وانما ثبتت الشفعة فى البناء وبه وحده هنا على خلاف القياس لشبهه بالعقار فى دوام الجوار . واختلف فى البناء على الأرض المحتكرة فأثبت ابن الكمال والقاضى أبو السعود فيه الشفعة كحق التعلى لمالك كل منهما من حق القرار . وقال بعض الفقهاء لاشفعة فيه لأن حق القرار قد يزول بامتناع المستأجر عن دفع الأجرة فتنزع منه الأرض المحتكرة وهذا هو المعتمد[٢]

---

(١) وقد جرى على ذلك قانون الشفعة فيما يختص بالشفعة فى العقارات المبنية أو المعدة للبناء سواء كانت فى المدن أو القرى ولكنه فى الأرض المعدة للزراعة اشترط فى الجوار أن يكون من جهتين وأن يكون ملك الشفيع الذى يشفع به لاتقل قيمته عن نصف قيمة العقار المشفوع (مادة أولى فقرة ثانية) ولم تفرق الشريعة الغراء فى الجوار بين أرض البناء وأرض المزارع بل جعلت حق الشفعة فى كل منهما للجار مهما قل الجزء المجاور من ملكه للمبيع

(٢) وقد جرى هذا الخلاف بعينه بين رجال القانون الأهلى فحكم بعضهم بثبوتها كارآه ابن الكمال (انظر حكم الاستئناف الأهلى فى ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٢ المحاكم سنة رابعة) وحكم بعضهم بعدم ثبوتها كما رآه جمهور الفقهاء (انظر حكم محكمة مصر فى ٤ يونيه سنة ١٨٩٦ المحاكم سنة رابعة)

وواضع أخشاب سقف داره على الحائط المملوك جميعه لجاره أو الشريك فى خشبة أو أخشاب عليه والشريك فى بناء الحائط فقط دون الأرض القائم عليها يعتبر جارا ملاصقا لا شريكا لأن وضع الأخشاب على ملك الغير والشركة فى المنقولات وان كثرت وتعدد أنواعها لاتجعل لأصحابها امتيازا على غيرهم من الجيران بل الكل متساوون فى استحقاق الشفعة بالجوار اذ لاعبرة بالشركة فى المنقول

ترتيب الشفعاء

ترتيب الشفعاء تابع لشدة الضرر الذى يلحقهم وقلته فكلما كان الضرر أشد على شخص كان أحق بالشفعة من غيره وليس للأقل ضررا أن يأخذ مع وجود الأكثر ضررا الا اذا أعرض عنها

ولما كانت شدة الاتصال موجبة لشدة الضرر وبالعكس كان ترتيب الشفعاء كما يأتى

أولا ـ الشريك فى نفس العقار

ثانياً ـ الشريك فى حق أرض الحائط

ثالثاً ـ الشريك فى حق الارتفاق

رابعاً ـ الجار الملاصق

فاذا لم يوجد مستحق للشفعة الا واحداً من هؤلاء فهى له لعدم المزاحم وان تعدد الشفعاء فالأول مقدم فان لم يوجد أو سقطت شفعته فالثانى وهكذا واذا تعدد أهل رتبة واحدة كالشركاء فى نفس المبيع أو فى حقوقه أو الجيران وطلب الجميع الشفعة وأخذوها بالرضا أو

القضاء قسمت الأرض المشفوعة بينهم بالتساوى على رأى علماء الحنفية واستدلوا على ذلك بدليلين نقلى وعقلى فالنقلى قوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة على رؤس الرجال » والعقلى أن الشفعاء استووا فى سبب استحقاق الكل لكل واحد منهم ولهذا لو انفرد واحد أخذ الكل سواء كان ما يشفع به قليلا أو كثيراً والتساوى فى السبب يوجب التساوى فى الاخذ ويترتب على ذلك أنه لو كان لأربعة أشخاص مثلا عقار مشترك وباع أحدهم نصيبه لاحد الشركاء فللآخرين حق الأخذ بالشفعة ويجعل المشترى كأنه شفيع مع من طلب فيأخذ مثله مما اشتراه ويحكم بالباقى للشفيع

وقال الامام الشافعى ان الشفعة تقسم بين الشفعاء بنسبة أملاكهم مستدلا على ذلك بأن الشفعة من مرافق الملك وفوائده فهى تشبه الثمرة والغلة والنتاج وهذه تتبع الملك كثرة وقلة

واذا أسقط بعض المستحقين حقه فان كان الاسقاط قبل الحكم بالشفعة قضى بالكل لمن بقى لان التجزئة لاتكون الا مع المزاحمة وقد انتفت . وان كان الاسقاط بعد الحكم لايأخذ الباقى نصيب التارك لان القضاء يقطع حق كل واحد منهم فى نصيب الآخر هذا كله اذا كان جميع الشفعاء حاضرين فان كان البعض حاضراً والبعض غائباً أو كان الكل غائبين حكم للحاضر أو لمن يحضر بالكل لان الغائب يحتمل أن لايطلب والشك لايستوجب تأخير الحكم فى كل الحق أو بعضه الى حين حضوره . واذا حضر الغائب وطلب الشفعة مستوفية شرائطها ينظر : فان كان مساويا لمن حكم له فى الرتبة أشركه

القاضى معه فى الشفعة وان كان أقوى منه أبطل الحكم الاول وحكم له بالـكل وان كان أقل فى الرتبة لايسمع دعواه[١]

ويجب على كل من حضر من الشفعاء أن يطلب الشفعة فى الـكل ولو كان له شركاء متساوون معه فى الرتبة أو كان هناك من هو أقوى منه لأن غيره قد لايطلب أو قد تسقط شفعته أو لايؤدى طلباتها الأداء المطلوب شرعا فان تأخر أو طلب البعض سقطت شفعته[٢]

«١» الترتيب القانونى للشفعاء

(١) مالك الرقبة — فى حالة ما اذا كان العقار مملوكا لشخص ومنفعته مملوكة لآخر ثم باع مالك المنفعة منفعته ولا شفعة لغير مالك الرقبة حتى اذا لم يأخذ لاتنتقل لغيره لان الشفعة هنا تثبت على خلاف القياس وما ثبت على خلاف القياس لايقاس عليه — وهذا النوع من الشفعة غير معروف فى الشريعة لان ماترتب عليه وهو بيع المنفعة غير معروف فيها بل العقد على المنافع بعوض يسمى اجارة

(٢) الشريك الذى له حصة مشاعة
(٣) صاحب حق الانتفاع
(٤) الجار المالك (مادة ٧)

هذا الترتيب موافق تماما للمذهب الحنفى

«٢» التقسيم القانونى للشفعة على الشفعاء

التقسيم المذكور موافق لمذهب الامام الشافعى السابق بيانه أى أن العقار المشفوع يقسم قانونا بنسبة ملك الشفعاء

ما تثبت فيه الشفعة وما لا تثبت

الذى تثبت فيه الشفعة هو العقار المبيع بيعامستوفيا لجميع الشروط بعوض مالى ويؤخذ من هذا التعريف أنها لاتثبت فيما يأتى :

أولا — فى المنقول مطلقا الا اذا كان تابعا للعقار أو كان بناء لصاحب علو على سفل لآخر أو بناء على أرض محتكرة على رأى بعض الفقهاء وقال الامام مالك ان البناء والأشجار عقار فتصح فيهما الشفعة عنده

ثانيا — فى العقار غير المبيع بأن ملك بهبة غير مشروط فيها العوض أو وصية أو ميراث

فاذا كانت الهبة مشروطا فيها العوض وسلمت العين الموهوبة دون العوض. فقال الامام أبو حنيفة وصاحباه لاتثبت الشفعة الا بعد اخذ العوض. وقال زفر والامام الشافعى تثبت لأنها عندهما بيع من وقت العقد وعند الامام وصاحبيه من وقت تسليم العوض وقد سبق بيان ذلك

ثالثا — فى العقار المبيع اذا لم يستوف شرائطه فان كان باطلا فلا شفعة فيه أصلا لانعدام عقد البيع المبنى عليه الشفعة وان كان فاسدا فكذلك الا اذا انقطع فيه حق الفسخ ومما يقطع حق فسخه زيادة المشترى فيه بناء أو غراسا أو التصرف فيه بما يخرجه عن ملكه كالبيع والهبة مع التسليم والوقف ومتى حصل شىء من ذلك وجب على المشترى قيمته وتثبت فيه الشفعة

= وأما اسقاط البعض حقه قبل الحكم وبعده قانونا فلم أر فى القانون ولا فى شرحه ما يخالف الأحكام المذكورة على المذهب الحنفى فيما يختص بهذا الاسقاط

وان كان موقوفا على الاجازة فلا شفعة فيه الا بعد اجازته اجازة معتبرة شرعا وسيأتى بيانها وان كان غير لازم بأن كان للبائع خيارشرط فيه فلا شفعة حتى يجيز العقد أو تمضى أيام الخيار بلا اجازة ولا فسخ بخلاف ما اذا كان للمشترى

رابعا - اذا كان العوض غير مال كأن جعل العقار مهرا أو بدل خلع أو عتق أو صلح عن دم العمد أو أجرة طبيب أو مسكن أوأرض زراعية ولا فرق فى عدم ثبوت الشفعة بين اعطاء كل العقار فى مقابلة ما ذكر وبين أن يقابل بعضه بالمال كأن يتزوج امرأة على أرض أو دار على أن ترد عليه مائة جنيه مصرى اذ معنى البيع تابع فى هذا العقد للزواج لأنه وان اشتمل على زواج وبيع الكن المقصود منه الزواج بدليل أنه ينعقد بلفظ الزواج ولا شفعة فى الاصل فكذا التبع

وقال الشافعى تثبت فيما بيع بهذه الاشياء الثلاثة الأخيرة لأن المنافع عنده أموال فيصدق على كل منها أنه عقد بيع والحنفية يعتبرونه عقد اجارة

خامسا — فى العقار المقسوم بين الشركاء لان فى القسمة معنى لافراز والشفعة لم تجز الا فى المبادلة المطلقة

سادسا — فيما رد بخيار رؤية أو شرط أو بخيار عيب بقضاء وذلك كله بعد التسليم لانه فسخ لا بيع أما اذا كان الرد قبل التسليم مطلقا أو بعده بعيب بلا قضاء أو كان الرد اقالة بلفظها فله الشفعة لانها بمنزلة بيع جديد فان كانت الاقالة بلفظ مفاسخة أو متاركة أو تراد فلا شفعة اتفاقا

وقال زفر لاتثبت الشفعة بالرد بالعيب والاقالة ولو بغير قضاء لأن الرد بالعيب بغير قضاء اولة والاقالة فسخ لا بيع لقصدهما ذلك والعبرة لقصد المتعاقدين وهو وجيه

سابعاً — في الوقف وسبب ذلك ظاهر لكن اذا بيع بمسوغه الشرعي تثبت فيه الشفعة

أما الذى تثبت به الشفعة فهو العقار المملوك للشفيع ملكا تاما من وقت البيع الى وقت الأخذ بالشفعة . أما غير العقار «الاما استثنى من العلو والسفل، والبناء على الارض المحتكرة على رأى بعض الفقهاء » والعقار غير المملوك كالمستأجر والمرهون والمأخوذ من الحكومة للانتفاع به والموقوف والعقار المملوك بعقد فاسد ولم ينقطع فيه حق الفسخ فلا تثبت به الشفعة(١)

ويترتب على جميع ما ذكر أنه اذا بيع عقار بيعاً مستوفياً لشرائطه بعوض مالى كان لكل من يتصل عقاره بهذا المبيع اتصال قرار حق الاخذ بالشفعة شرعا بلا فرق بين عقد وآخر (٢)

---

(١) ليس في قانون الشفعة مايخالف ذلك

(٢) نص القانون على عدم ثبوت الشفعة فى أنواع من البيوع لم يرد فى الشريعة الغراء نص على استثنائها وتلك الأنواع هي :

أولا — ما بيع من الأصول لفروعهم وبالعكس الى آخر المادة الثالثة المذكورة فى حكمة مشروعية الشفعة

ثانياً — الهبة بعوض فانها على رأى زفر فى المذهب الحنفى بيع ابتداء وانتهاء وكذلك فى بقية المذاهب

ثالثاً — الصلح من خصومة قائمة أمام الحاكم على عقار بترك العقار فى =

طلبات الشفعة

طلبات الشفعة ثلاثة وهى : طلب المواثبة. وطلب الاشهاد . والتقرير وطلب الخصومة والتملك . واليك بيان كل

طلب المواثبة ـ سمى هذا الطلب بذلك لقوله صلى الله عليه وسلم (الشفعة لمن واثبها) ومعنى المواثبة المبادرة لانها مأخوذة من الوثب وهو العدو الشديد لادراك شيء بسرعة وهذا الطلب يجب أن يعمله الشفيع بمجرد علمه بالمبيع والثمن والمشترى فان تأخر بلا عـذر بطلت شفعته لقوله عليه الصلاة والسلام (انما الشفعة كنشطة عقال ان قيدها ثبتت والا ذهبت) واذا لم يعلم بأحد هذه الأشياء الثلاثة وتأخر عن الطلب لا تبطل لأنه اذا لم يعلم بالمبيع لا يمكن الطلب لجواز أن يكون مما لا شفعة له فيه واذا لم يعلم بالثمن يتعذر عليه معرفة ما اذا كان قليلا أو مناسبا فيأخذ أو كثيراً لا يمكنه دفعه فيترك واذا لم يعلم بالمشترى لا يمكنه

= مقابل دين نقدى وهو بيـع تصح فيه الشفعة شرعاً (أنظر الصلح عن اقرار فى كتاب الصلح)

رابعاً — البيع المأخوذ فيه العقار للمنافع العامة لأنه لا فائدة للشفعة فيه

خامساً — مابيـع بالمزايدة أمام احدى الجهات الادارية أو القضائية بأحد السببين الآتيين (١) اذا كان البيع لعدم امكان قسمة العقار المبيع عينا بين الشركاء فيباع ويقسم ثمنه بينهم (٢) اذا كان لنزع الملكية قهراً . وتثبت فيما بيع بالمزايدة لغير هذين السببين أو بهما ولكن ليس أمام جهة مما ذكر — المادة (٣)

سادساً — مابيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق به كالمساجد ومرافقها أما اذا بيع ليكون محلا خيرياً كالمستشفيات والملاجىء فالظاهر أن فيها الشفعة لأنه لا نص عليها أنظر المادة (٦) =

معرفة أخلاقه أو مكانته حتى اذا كان حسن العشرة ترك وان كان سيئها طلب وطرق العلم مختلفة فقد يعلم بسبب اخبار البائع أو المشترى أو بواسطة رسول أو خطاب من قبل أحدهما وهؤلاء لا تشترط عدالة المخبر منهم بالبيع اتفاقا لانهم أخصام والخصم لا تشترط عدالته فيجب الطلب عقب العلم مباشرة وقد بالغ بعض الفقهاء فى وجوب المبادرة بالطلب فقال ان كان الاخبار بكتاب ذكر فى أوله أو فى وسطه البيع وفى آخره ما لا علاقة له به فتمادى فى القراءة الى آخر الكتاب ثم طلب بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب عقب العلم ولكن الصحيح أنها لا تسقط لاعتبار مجلس العلم شيئا واحدا ما لم يظهر اعراضه وقد يكون الاخبار بواسطة فضولى وهو من

= سابعاً — ما بيع مقايضة بأن يباع عقار بعقار كدار بأرض زراعية أو بستان أو عقار بقيمي آخر من المنقولات وعلل ذلك شراح القانون بأنه لو جازت الشفعة فى بيع الدار بالبستان مثلا لكان فى أخذ الدار أو البستان بقيمتها نقوداً اكراه للبائع على بيعه ملكه بما لا يرضاه لأن كلا من المتقايضين انما فرط فى ملكه ليأخذ نفس البدل ولو عرض عليه ثمنه نقداً ربما لا يرضى به

ولا تخفى حكمة استثناء هذه البيوع مما تثبت فيه الشفعة ولم أر فى نصوص الشريعة الغراء ما يفيد استثناء شيء منها حتى ما بيع جبراً للمنافع العامة مع ظهور عدم فائدة الشفعة حينئذ لانها كذلك تنزع من الشفيع فابحث لعلك تجد من النصوص ما يفيد عدم ثبوتها فيها

وبقية الأنواع المستثناة قانوناً من ثبوت حق الشفعة فيها كوضع العقار فى الشركة وقسمته والبيع الباطل والفاسد والموقوف نفاذه على شرط والمعلق على الشرط فلا شفعة فيها شرعاً كما يعلم من تتبع أحكام الشفعة (صفحة ٨٣ و ٨٤ شرح القانون)

يشتغل بما لا يعنيه . وقد اشترط الامام فيه أن يكون عدلا أو عددا أقله رجلان أو رجل وامرأتان . وقال الصاحبان لاتشترط العدالة ولا العدد بل يجب الطلب سواء أكان المخبر عدلا أم فاسقاً حراً أم عبداً مذكراً أم مؤنثاً . وفى رواية عن محمد أن له التأمل الى آخر المجلس لانه تملك فلا بد من التروى وعلى ذلك يكون الطلب على المجلس طال أو قصر مالم يعرض أو يتشاغل بغير الطلب وهو وجيه وان كان القول بأنه يجب على الفور هو المعتمد وفائدة هذا الطلب العلم بأنه غير معرض عن الشفعة حتى يمكنه الحلف بأنه طلبها على الفور اذا طلب منه اليمين ولا فرق فى لزوم الطلب باللسان بين أن يكون عنده انسان أو لم يكن لما ذكر . وقال الحسن بن زياد ليس عليه أن يتكلم بالطلب اذا لم يكن بحضرته أحد . والظاهر أنه يكفى عنده نية الأخذ ويحلف على ذلك ان طلب منه ويكفيه فى ثبوت عدم الاعراض على رأيه

طلب الاشهاد والتقرير — سمى هذا الطلب بذلك لان به تتقرر الشفعة للشفيع أى تثبت ولا تسقط الا اذا أسقطها ولان الاشهاد مقترن به والمدة التى بينه وبين الطلب الاول هى بمقدار مايتمكن من عمله فان لم يكن عنده عذر يمنعه من عمله عقب طلب المواثبة وجب عليه عمله حينئذ والا فعند زوال العذر . ومن الاعذار على ماقاله صاحب خلاصة الفتاوى أن يعلم الشفيع بالشفعة ليلا ولم يقدر على الخروج للاشهاد فان أشهد حين أصبح صح اشهاده ويقاس عليه ما يشابهه من الاعذار . وكيفية هذا الطلب أن يتوجه الى الأقرب من البائع اذا كان المبيع فى يده وقيل لايشترط استحسانا لكونه أحد العاقدين ومن المشترى مطلقاً

ومن الارض المشفوعة ومعه رجلان أو رجل وامرأتان ويقول أن فلانا باع أرضه الفلانية فى أشهد عند غيرها أو باع هذه الارض ان أشهد عندها وأنا شفيعها وقد طلبت طلب المواثبة والآن أطلبها طلب اشهاد وتقرير فاشهدا على بذلك . وفائدة هذا الطلب قطع حجة المشترى اذا أنكر الطلب ولذا قالوا إنه لو بلغه البيع بحضور الشهود والمشترى أو البائع أو الارض وأشهد حينئذ يكفيه ويقوم مقام الطلبين واذا قصد الشفيع الأبعد وأشهد عنده وترك الأقرب فان كانوا فى بلاد مختلفة بطلت شفعته وان كانوا فى بلدة واحدة وكانت صغيرة فلا تبطل لان البلدة الواحدة تعتبر كل محلاتها سواء أى كمحلة واحدة وان كانت كبيرة وقدروها بأنها ما كانت فرسخا فى فرسخ اعتبرت كل جهة مستقلة عن الاخرى فلو توجه الى من ليس فى جهته وأشهد عنده وترك من فى جهته بطلت شفعته

طلب الخصومة والتملك ـ سمى هذا الطلب بذلك لان به يخاصم الشفيع المشترى أى يقيم عليه الدعوى طالباً تسليم العقار المشفوع اليه ونتيجة ذلك التملك والأخذ . والمدة الفاصلة بينه وبين الطلب الثانى مختلف فيها فقال الامام أبو حنيفة ليس لهذا الطلب مدة معينة بل للشفيع أن يطلب فى أى وقت أراد لان شفعته تقررت بالاشهاد

وقال محمد وزفر ان المدة الفاصلة بينهما مقدرة بشهر لأنه الحد الفاصل بين الزمن القريب والبعيد حتى لايتضرر المشترى بالتأخير الى ما لا نهاية له لانه لايستطيع التصرف فيما اشتراه قبل سقوط الشفعة كما سيأتى والضرر يزال شرعاً لقوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر

ولا ضرار فى الاسلام) هذا من جهة ومن جهة أخرى فان الشفيع فى هذه المدة يكون قد أعد الثمن والمصاريف وأقام عنه وكيلا ان كان لايستطيع المخاصمة قال شيخ الاسلام وعليه الفتوى لتغير أحوال الناس وأخلاقهم وقصدهم الاضرار بالغير وهو رواية عن أبى يوسف وفى رواية عنه أنها لا تسقط الا اذا ترك الشفعة بلا عـذر فى مجلس من مجالس القضاء المختصة بسماعها لان ذلك دليل على اعراضه وكيفيته أن يتوجه الى القاضى ويدعى أن فلانا باع أرضه الفلانية بكذا لفلان وأنا شفيعها بارضى الفلانية وقدطلبت الطلبين الاولين فى وقتهما الشرعى والآن أطلبها طلب خصومة وتملك فاحكم لى بها وأطلب سؤال المدعى عليه عن ذلك . وقبل السير فى الاجراءات الاولية لمعرفة ما اذا كانت الشفعة ثابتة للمدعى أو لايجب استحضار المشترى ان أقيمت الدعوى على البائع لانه المالك ولا عبرة بعدم تسلمه المبيع وان أقيمت على المشترى وجب استحضار البائع ان كان المبيع فى يده لان له عليه يداً محقة أصالة بخلاف نحو المودع أو المستعير فان يدهم ليست بأصالة فلا يكون خصما وان لم يكن المبيع فى يد البائع فلا يجب استحضاره لانه بالتسليم صار أجنبيا . وبعدذلك يسأل القاضى المدعى عما يشفع به وعما اذا كان المشترى تسلم المبيع أم لا حتى اذا كان تسلمه ورفعت الدعوى على البائع يبطلها ويأمره برفعها من جديد على المشترى ثم يسأله عن وقت علمه بالشراء وماذا صنع وعن طلب الاشهاد والتقرير وكيفيته ووقته وعند من أشهد وهل كان من أشهد عنده أقرب اليـه أو لا الى غير ذلك ثم يسأل المدعى عليه عما اذا كان ما قاله المدعى صحيحا أو لا فان اعترف بصحته

حكم بالشفعة للمدعى والا طلب القاضى البينة ممن تجب عليه وتحليف اليمين للآخر عند العجز عن اقامتها حتى يتبين طريق الصواب فى الحكم ثم يحكم بما يراه حقا وصوابا ولا يلزم أن يحضر الشفيع ما يدفعه ثمنا للشفعة وقت الحكم بل بعده وللمدعى عليه حبس المبيع حتى يأخذ الثمن وقال محمد لايحكم بالشفعة الا بعد احضاره لأن الشفيع ربما كان مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لايضيع مال المشترى والأول هو المعتمد لأن ثمن الشفعة لايستحق على الشفيع الا بعد الحكم فلا يشترط احضاره قبله

وكما يصح أن يكون الخصم فى الشفعة هو المشترى مطلقا أو البائع اذا كان المبيع فى يده يصح أن يكون الخصم هو وكيل المشترى مادام لم يسلم المبيع لأن الأخذ بالشفعة من حقوق العقد فان سلم المبيع فالخصم هو المشترى وأن يكون هو الوكيل بالبيع عن الغائب والوصى اذا باع عقار الأيتام بمسوغه الشرعى اذا كان المبيع فى يد كل منهما

وانما تجب هذه الطلبات على الشفيع فى أوقاتها المبينة اذا لم يكن عنده عذر شرعى يمنعه من أدائها كأن يكون صغيرا أو مجنونا ولا ولى ولا وصى له أو غائبا أو مريضا ولا وكيل لهما والا فبعد زوال هذه الأعذار واذا كان للاولين ولى أو وصى وللآخرين وكيل مفوض فلكل منهم أن يطلبها بشرط ألا يكون فيها غبن فاحش فان أسقطها أحد هؤلاء أو لم يطلبها فليس لمن تطلب له الشفعة أن يطلبها بعد زوال عذره وقال محمد له حق طلبها ان كانت بمثل القيمة أو أقل

وان لم يكن لهؤلاء ولى ولا وصي ولا وكيل مفوض بالبيع أو كان عند الشفيع أعذار أخرى تمنعه من طلب الشفعة أو الاستمرار فيها فلا تسقط شفعته بل يكون له الحق في طلبها بعد زوال عذره باتفاق [1]

حكم الشفعة

يطلق الحكم ويراد به أثرا الشيء المترتب عليه فحكم البيع مثلا التمليك والتملك وحكم الشفعة هو جواز الطلب عند توفر السبب وقيل حكمها هو أنها لا تملك الا بالتراضى أو بقضاء القاضى وذلك أن المشترى ملك المبيع بالشراء فلا يخرج عن ملكه الا برضاه أو بحكم

(١) الطلبات والاجراءات القانونية مبينة بالمواد من ١٥ الى ٢١ ويؤخذ منها أن الطلبات الواجبة قانوناً اثنان الأول يجب أن يعمله الشفيع بعد علمه بالبيع وبعد طلب المشترى منه ابداء رغبته بخمسة عشر يوماً غير مسافة الطريق الموصل الى محل الطلب وهذا الطلب عبارة عن اعلان البائع والمشترى طلبه كتابة على يد محضر ويجب أن يذكر فيه استعداده لدفع الثمن وملحقاته وأن يسجله ليكون حجة عليهما وهذا الطلب يقوم مقام طلبي المواثبة والاشهاد فى الشريعة الغراء وان كان مخالفاً لهما فى الوقت والكيفية وعمل هذا الطلب غير واجب بل تجوز اقامة الدعوى من أول الأمر كما لا يجب فى الشريعة الغراء عمل طلب اشهاد اذا أشهد عند طلب المواثبة كما ذكر

والثانى منهما هو طلب التملك والمدة بينه وبين الأول ثلاثون يوماً (كالمدة التى بين الطلب الثانى والثالث على رأى محمد فى المذهب الحنفى) فاذا تأخر الشفيع من أحد الطلبين حتى انقضت مدته سقطت شفعته ويسقط حق الشفعة اذا تأخر فى جميع الأحوال عن الطلب ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ولو كان الشفيع غير أهل للتصرف أو غائباً وبقية الاجراءات والمسقطات لا تختلف عن أحكام الشريعة الغراء

القاضي لأن له الولاية العامة فيمكنه اخراج الملك عن يد صاحبه وتمليكه لآخر ضمن الحكم بالحق فاذا لم يحصل الرضا أو القضاء فلا تملك الشفعة (١)

ويعتبر الأخذ بالشفعة فسخاً في حق البائع والمشتري وشراء جديداً في حق الشفيع من وجه لكونه تملك بثمن معلوم . واستيفاء لحقه من وجه آخر . واذا كان الأخذ بعد تسليم العقار للمشتري اعتبر الشراء من المشتري وان كان قبله اعتبر من البائع لتحول الصفقة الى الشفيع ولكن بدون أن يبطل عقد البيع الذي كان سبباً في الشفعة اذ لو بطل لبطلت الشفعة بالتبعية . فلا ينفسخ أصله انما تنفسخ اضافته الى المشتري . قال الزيلعي وجه الفسخ هنا أن يجعل فسخاً في حق الاضافة الى المشتري ويبقى أصل العقد مضافا الى الشفيع كأن البائع باعه له وخاطبه بالايجاب فجعل العقد متحولا الى الشفيع فلم ينفسخ أصله وانما انفسخت اضافته الى المشتري ونظيره في المحسوسات من رمى سهما الى شخص فتقدم غيره فأصابه فالرمي بنفسه لم ينتقض والتوجه الى الأول قد انتقض بتخلل الثاني وتوجهه اليه فكذا هنا تحولت الشفعة الى الشفيع كأن العقد من الابتداء وقع معه

---

(١) يظهر أن القانون الأهلي اعتبر الملكية للشفيع من وقت البيع واعتبر الحكم بها اعلانا لهذا الملك لا انشاء له (أنظر حكم الاستئناف الأهلي ١٥ مارس سنة ١٨٩٤ الحاكم سنة خامسة وحكم محكمة طنطا المؤرخ ١٦ نوفمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية سنة ٣ صفحة ١٠٨)

ويترتب على اعتبار الأخذ بالشفعة شراء جديداً في حق الشفيع أن تكون له جميع الحقوق التي تثبت للمشتري بعقد الشراء كخيار الرؤية والعيب وخيار ظهور خيانة في بيع المرابحة والتولية والوضيعة فالمرابحة البيع بأكثر مما اشترى والتولية بمثله والوضيعة بأقل

ولا يسقط خياره برؤية المشتري ولا بشرط البراءة من العيوب لأن المشتري ليس بنائب عن الشفيع فلا يعمل شرطه ورؤيته في حقه ولكن لايكون له خيار الشرط لثبوته على خلاف القياس في البيع الاختياري فلا يثبت في الأخذ الجبري اذ القاعدة أن ماثبت على خلاف القياس لايقاس عليه

ويترتب على كونه استيفاء لحقه أن المأخوذ منه لايكون ضامناً له سلامة الزوائد كالبناء ونحوه عند الاستحقاق وعند هلاكها في يده بدون تعد

ثمن الشفعة

ثمن الشفعة هو ما قام على المشتري من الثمن والمؤن الضرورية كأجرة كتابة عقد البيع ومصاريف تسجيله وأجرة الدلال ان كان اشترى بواسطته أما مصاريف اقامة الدعوى فتجب على من يحكم عليه.

واذا كان الثمن حالا على المشتري كان حالا على الشفيع باتفاق وان كان مؤجلا فقال الامام أبو حنيفة وصاحباه يكون حالا على

الشفيع الا اذا أبقى الأرض تحت يد المشترى حتى يحل الأجل فيدفع الثمن ويأخذها (١)

وقال زفر والامامان الشافعى ومالك رضى الله عنهم ان الثمن يتأجل على الشفيع أيضا واستدل الامام وصاحباه بأن الأجل ليس من لوازم العقد بل يثبت بالشرط فرضاه به فى حق المشترى لا يدلنا على رضاه به فى حق الشفيع لتفاوت الناس فى ايفاء الحقوق سهولة وصعوبة واختلافهم يسارا واعسارا . واستدل الآخرون بأن للشفيع حق الأخذ بالثمن الذى تملك به المشترى بصفته والأجل صفة للدين

ألا ترى أنه يقال ثمن مؤجل وثمن معجل وللمشترى أو البائع طلب رهن أو كفيل بالثمن فان أحضره فيها والا بطلت شفعته

واذا أخذ الشفيع الشفعة من البائع بثمن حال سقط الثمن عن المشترى لتحول الصفة الى الشفيع وان أخذها من المشترى بذلك لايبطل أجل المشترى لأن الأجل ثبت بالشرط فلايبطل بأخذ الشفيع بثمن حال كما لا يبطل اذا باعه المشترى بثمن حال

وأما الثمن فى بيع المقايضة فهو قيمة البدل وقت الشراء لا وقت الأخذ فاذا بيعت دار ببستان مثلا أخذت الدار بقيمة البستان وبالعكس فاذا كان الثمن منقولا غير نقود فان كان قيميا أخذها بقيمته والا فبمثله لأن الشفيع له أن يتملك الشفعة بمثل ماتملكها به المشترى ثم المثل ان كان مثلا صورة ومعنى فهو ذاته الثمن وان كان مثلا معنى فقط

(١) وعلى ذلك سارت المحاكم الأهلية فقد جاء فى المادة ١٣ من قانون الشفعة أن المشترى اذا استحصل على تأجيل الثمن لا ينتفع الشفيع من هذا الأجل الا برضا البائع

لاصورة كالقيميات فالثمن قيمته لانعدام صورته فيؤخذ البدل (وقد علم مما سبق أن بيع المقايضة لاشفعة فيه قانونا)

واذا كان الثمن خمرا أو خنزيرا كما اذا كان البيع من ذمى لآخر ينظر فان كان الشفيع ذميا أخـذ الشفعة بمثل الخمر وقيمة الخنزير وان كان مسلما أخذها بقيمة كل منهما لأن هذا البيع يقضى بصحته فيما بين الذميين فتترتب عليه أحكام البيع الصحيح ومنها ثبوت الشفعة فيه سواء كان الشفيع ذميا أو مسلما غير أن الذمى لايتعذر عنه تسليم الخمر فيأخذها بها لأنها من ذوات الأمثال والمسلم ممنوع من تمليكها وتملكها فيجب عليه قيمتها والخنزير من ذوات القيم فيجب عليهما قيمته والمستأمن كالذمى فى حق الشفعة فتسرى عليه جميع أحكامها ولا يقال قيمة الخنزير تقوم مقام ذاته فيجب أن يحرم على المسلم تمليكها لأنه انما يحرم عليه تمليكها اذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير وأما اذا كانت بدلا من غيره فلا يحرم والقيمة هنا بدل عن الدار لاعن الخنزير .ولوكان شفيعها مسلما وذميا أخذ كل واحد منهما النصف بما ذكر

واذا حط البائع بعض الثمن عن المشترى التحق هذا الحط بأصل العقد وسقط عن الشفيع لأن الباقى صار هو الثمن كأنه لم يسم غيره ولافرق فى ذلك بين أن يكون الحط قبل أخـذه بالشفعة أو بعده لوجود الالتحاق فى الصورتين فيرجع الشفيع على المشترى بالزيادة إن كان أوفاه الثمن . ولو حط البائع بعض الثمن بعـد تسليم الشفيع فى الشفعة كان له أن يأخـذها بالباقى لأنه تبين له أن الثمن أقل فلا يعتبر عليه الأول ولا تسقط به الشفعة

أما لو حط البائع عن المشترى كل الثمن فلا يلتحق الحط بأصل العقد لأنه لو التحق به لكان عقد هبة أو بيع فاسد وكلاهما لا شفعة فيه مع أن الشفعة قد ثبتت بعقد البيع

واذا زاد المشترى على الثمن شيئا التحقت الزيادة بأصل العقد ووجبت على المشترى ولكنها لا تسرى على الشفيع لأنه استحق الشفعة بالمسمى قبل الزيادة فلا يملك المشترى ابطال حقه الثابت له . وانما التحقت بالعقد فى حق المشترى وحده لأن له الولاية على نفسه دون الشفيع

واذا اختلف الشفيع والمشترى فى الثمن فالقول للمشترى لأنه ينكر على الشفيع استحقاق الأخذ عند نقد الأقل والقول للمنكر بيمينه وان أقاما البينة قدمت بينة الشفيع على قول الامام ومحمد لأنه هو المدعى . وبينة المشترى على رأى أبى يوسف والشافعى لأنها تثبت الزيادة فى الثمن والشفيع ينكرها والبينة المثبتة للزيادة أولى. وان ادعى المشترى ثمناً وادعى بائعه أقل منه فان كان البائع لم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قاله البائع وان كان قبضه أخذها بما قاله المشترى لصيرورة البائع أجنبياً بقبض الثمن فلا يلتفت الى قوله

ولا يجب على الشفيع دفع القيمة الحقيقية للعقار اذا كانت أكثر من الثمن المسمى كما أنه ليس له حق فى التمسك بدفع تلك القيمة اذا كانت أقل من الثمن المدفوع

واذا ادعى الشفيع أن الثمن الذى كتب فى عقد البيع صورى لقصد تعجيزه عن طلب الشفعة جاز له أن يثبت هذه الزيادة بكافة

طرق الاثبات الشرعيـة ومتى ثبتت لا يلزم الا بدفع الثمن الحقيق والمصاريف [١]

تصرفات المشترى فى الأرض المشفوعة

اذا تصرف المشترى فى الأرض المشفوعة قبـل الأخذ بالشفعة جاز للشفيع بعد الأخذ بها أن يبطل جميع تصرفاته سواءاً كانت بالبيع أم بالهبـة أم بالوقف ولو بنيت مدرسة أو مسجداً أو مقـبرة أو ما أشبـه ذلك ويسترد الأرض ممن هى تحت يده كائنا من كان ولو تداولتها الأيدى [٢]

---

(١) ليس فى قانون الشفعة ما يخالف شيئا من هـذه الأحكام بل جاءت كلها موافقة لأحـكام الشريعة الغراء الا أن بعض رجال القضاء الأهلى يرى وجوب دفع فوائد للثمن فى مدة المقاضاة نظير أخـذ الشفيع ريع الأرض قياساً على ما جاء بالمـادة (٣٥٤ مدنى) واـكن البعض الآخر لايوجب الفوائد على الشفيع ولا على المشترى رد الثمار (استئناف مصر فى ٢٦ ديسمبر سـنة ١٩٠٢ المحاكم السنة ١٣ صفحة ٢٨٦٤)

(٢) هذا موافق لنص المادة الثانية عشرة من قانون الشفعة وذلك فى حالة ما اذا حصل التصرف بعد تسجيل الشفيع اعلان رغبته ونص المادة « كل رهن من المشترى وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع وكل حق عينى يسلمه المشترى أو اكتسبه الغير ضده بعد التاريخ الذى سجل فيه طلب الشفعة طبقا للمادة الرابعة عشر الآتية لاتسرى على الشـفيع ويبقى مع ذلك لأصحاب الديون الممتازة وللدائنين المرتهنين ما كان لهم من حق الأولوية فيما آل للمشفوع=

ثم ان كان التصرف بالبيع جاز له أن يطلب الشفعة بأى بيع أراد سواء كان التصرف قبل الطلب أو بعده وقبل الحكم فانه فى هذه الحالة يجوز اعادة الطلب بالثمن الجديد ممن اشترى به [1]

حكم الزيادة فى الأرض المشفوعة

اذا زاد المشترى فى الأرض المشفوعة شيئاً لم يكن موجودا من قبل فلا يخلو حال الزيادة من أن تكون لها قيمة بعد نقضها كالبناء والغراس والزرع أو لاقيمة لها بعد نقضها كطلاء البناء بحلول الجير والمواد الملونة ولكل من هذين النوعين حكم يخصه واليك بيانه :

أولا - اذا كانت الزيادة مما له قيمة بعد نقضه وليس لها نهاية معلومة كالبناء والغراس وحكم للشفيع بالشفعة فلا يخلو الحال من أحد أمرين : الأول أن يكون هدم البناء وقلع الأشجار لايضر بالأرض الثانى أن يضر بها فان كان الأول كان الشفيع بالخيار بين أن يأخذ البناء والغراس بقيمتهما مستحقين للهدم وللقلع زيادة على ثمن الشفعة

= منه من ثمن ذلك العقار) أما قبل تسجيل اعلان الرغبة فجميع تصرفات المشترى صحيحة لازمة ـ والشريعة الغراء لم تقيد بطلان التصرفات بكونها بعد الطلب أو قبله

(١) خالف القانون الشريعة فى هذا الحكم فقد جاء بالمادة التاسعة انه اذا كان البيع قبل تقديم طلب ما بالشفعة لاتقام دعوى أخذها الا على المشترى الثانى بالشروط التى اشترى بها ولايجوز للشفيع طلبها بثمن البيع الأول اذا كان أقل كما لا يكون ملزما به اذا كان أكثر لاعتبار بيع المشترى صحيحا لازما كما سبق

وبين أن يكلف المشترى بالهدم والقلع ويأخذ الأرض خالية منهما هذا اذا كان المشترى يقبل اعطاء البناء والأشجار بما ذكر والا أجبر على الازالة . وان كان الهدم والقلع يضر بالأرض كان للشفيع أن يأخذ مازيد بقيمته مستحقا للهدم والقلع ولو جبرا على المشترى وله أن يتحمل الضرر ويكلفه بالازالة . هذا كله هو رأى الامام ومحمد وحجتهما على ذلك أن المشترى بنى وغرس فى محل تعلق به حق متأكد للغير من غير اذن من جهة من له الحق فينقض تصرفه اذ حق الشفيع أقوى من حق المشترى ولهذا تنقض جميع تصرفات المشترى حتى الوقف وبناء المسجد . وقال أبو يوسف والشافعى ومالك ان الشفيع فى الحالتين السابقتين يكون مخيرا بين أن يأخذ البناء والغراس بقيمتهما مستحقين للبقاء ـ وتعتبر القيمة يوم الأخذ ـ وبين ترك الشفعة وحجتهم أن المشترى غير متعد بهذه الزيادة لثبوت ملكه فى الشراء فلا يعامل معاملة المتعدى

واذا كان ما زيد له نهاية معلومة كالزرع فليس للشفيع اجبار المشترى على قلعه استحسانا اذ لاضرر عليه فى بقائه لأنه يترك الأرض بالأجرة حتى يحصد الزرع

ثانيا ـ اذا كانت الزيادة لا قيمة لها بعد نقضها خير الشفيع بين الأخذ بالثمن وقيمة الزيادة وبين ترك الشفعة ولعل سبب ذلك عدم ضياع مال المشترى بدون أى مقابل بخلاف البناء والغراس فان لهما قيمة بعد النقض ولئن قلت وهذا الحكم مخالف لما قالوه فى الاستحقاق من أنه اذا زاد المشترى فى المبيع زيادة لاقيمة لها بعد نقضها وكلفه

المستحق بالنقص لا يرجع بشئ على البائع والظاهر ما ذكر هنا ولا فرق فيما ذكر بين أن تكون الزيادة بأنواعها قبل طلب الشفعة أو بعده(١)

حكم النقص فى الأرض المشفوعة

اذا نقص من الارض المشفوعة شئ تحت يد المشترى فحكم هذا النقص يختلف باختلاف مانقص و باختلاف المتسبب فى النقص وذلك أن ما نقص اما أن يكون قد دخل فى البيع تبعا بدون ذكر أو يكون قد دخل فيه بالنص . والنقص أما أن يكون بفعل المشترى أو أجنبى أو بآفة سماوية

(١) حكم الزيادة قانونا ـ جاء بالمادة العاشرة من قانون الشفعة « اذا بنى المشترى فى العقار المشفوع فيه أوغرس أشجارا قبل طلب الأخذ بالشفعة يكون الشفيع ملزما بناء على رغبة المشترى اما بأن يدفع له ما صرفه أو ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس وأما اذا حصل البناء أو الغراس بعد طلب الأخذ بالشفعة فللشفيع الخيار ان شاء طلب ازالتها وان شاء طلب بقاءها وفى هذه الحالة لا يلزم الا بدفع قيمة الأدوات وأجرة العمل أو مصاريف الغراس » واذا اختار الشفيع طلب الازالة تكون المصاريف على المشترى بدون اعطائه أى تعويض ولا يخفى أن ذلك مبني على ماذكر من أن التصرفات قبل الطلب صحيحة وبعده باطلة قانونا كما لا يخفى

ان هذه المادة فى مجموعها موافقة لأحكام الشريعة . فما كان قبل الطلب موافق لرأى أبى يوسف والشافعى ومالك . وما كان بعده موافق لقول الامام ولهذا تجب مراعاة حسن النية وعدمها فى هذه الزيادة ليحكم القاضى بما يوافق العدالة والانصاف

فان كان ما نقص تابعا للعقار كالبناء والغراس اللذين لم يذكرا في العقد وكان الهلاك بفعل المشترى أو أجنبي أخذ الشفيع الأرض بما يقابلها من الثمن وسقط مايقابل البناء أو الغراس باعتبار قيمتهما قائمين بأن يقسم الثمن على قيمة كل منهما ويأخذ الشفيع بما يخص الأرض ويرجع المشترى على الأجنبي بما نقص بالهدم والقلع ويأخذ الأنقاض والأخشاب . أما اذا كان الهلاك بآفة سماوية فان تلفت الأنقاض والأخشاب بحيث لاينتفع بها كان الشفيع مخيرا بين الأخذ بكل الثمن وبين ترك الشفعة . اذ القاعدة فيما ذكر أن التابع اذا هلك بالتعدى يقابله شيء من الثمن . وان كانت الأنقاض والأخشاب يمكن الانتفاع بهما فهما للمشترى ولا يتبعان الأرض حينئذ في الشفعة لانفصالهما عنها انفصالا تاما والمنفصل عن العقار لايعتبر تابعا له ويسقط عن الشفيع ما يقابلهما ويبقى الشفيع على خياره في الباقي بين الأخذ بباقي الثمن والترك وتعتبر قيمة الأنقاض والأخشاب يوم الأخذ بالشفعة

وان كان ما نقص غير تابع للعقار كالزرع الذي في الأرض والثمر الذي في الشجر وقت الشراء والبناء والشجر اذا ذكرا في عقد البيع فسواء هلك بتعد أو بدون تعد يقابله شيء من الثمن ويسقط عن الشفيع وتعتبر قيمة ما هلك يوم العقد وسبب كون الزرع والثمر لايدخلان في البيع تبعاً أن لهما نهاية معلومة وكل ما كان كذلك لا يدخل في البيع الا بالذكر بل يكون للبائع ان لم يذكر في العقد فان ذكر يكون مضمونا على المشترى بثمنه حتى يسلمه للشفيع لأنه معه بمنزلة البائع من المشترى

أما اذا كان الثمر قد ظهر بعد عقد البيع كان تابعا وأخذ أحكام

التوابع السابقة . واذا كان ما هلك جزءاً من العقار بأن جرفتـه مياه البحر أو نزلت عليه الرمال أو تغطى بما تقذفه البراكين قابله شيء من الثمن بالاولى (١)

استحقاق العقار المشفوع

اذا استحق شخص العقار المشفوع بعد الأخذ بالشفعة أى أثبت أنه مملوك له وأن البيع والشفعة صوريان وحكم له القاضى بالملك كان المستحق مخيراً بين اجازة البيع والشفعة وأخذ ثمن العقار ممن هو تحت يده وهو يرجع على من تلقى الملك عنه بما دفع وبين أن يبطل جميع التصرفات ويأخذ عقاره ممن هو تحت يده سواء كان هو الشفيع أو غيره بأن كان الشفيع تصرف فيها تصرفا يجعل للغير حقاً عليها كالبيع والهبة والوقف ولو بنيت مسجداً أو مقبرة أو مدرسة وحينئذ يرجع الشفيع على المشترى بما دفعه له من الثمن والمصاريف هذا كله اذا بقيت الأرض على حالها أما اذا كان الشفيع قد زاد فيها بناء أو غرس أشجاراً فان كان هدم البناء وقلع الأشجار لا يضر بالأرض كان للمستحق أن يجبره على ازالتهما ويسلم الأرض خالية منهما وان كان الهدم والقلع يضر بها أخذهما بقيمتهما مستحقين للهدم والقلع ولو جبرا على الشفيع ولكن اذا رضى بالضرر الذى يلحق الأرض بسبب الازالة جاز له أن يكلفه بها

(١) لم يتعرض القانون لأحكام نقص شيء من الأرض المشفوعة تحت يد المشترى والظاهر أنه ينطبق عليها الحكم العام وهو أن كل التصرفات التي تصدر من المشترى قبل ابداء الشفيع رغبته تكون صحيحة وبعده تكون باطلة ويعتبر المشترى متعدياً

وقد اختلف فيما يرجع به الشفيع على من دفع له ثمن الشفعة فقال الامام يرجع بما دفعه فقط لا بقيمة ما نقص بالهدم والقلع أو بتركهما مستحقين لهما واستدل على ذلك بأن الشفيع أخذ الارض جبرا عن المشترى والبائع فلا يرجع على أحد منهما بما خسره بعمله وعلى ذلك لو ثبت الاستحقاق والارض فى يد المشترى بعد زيادة البناء والغراس رجع المشترى على بائعه بما نقص لأن البائع غره . وقال أبو يوسف يرجع على من أخذ منه بما نقص لانه معه بمنزله المشترى مع البائع وهو يرجع باتفاق اذا كان مغرورا . هذا كله اذا كان الشفيع لا يعلم بأن الارض المشفوعة مستحقة للغير فان كان يعلم فلا يرجع باتفاق لانه غير مغرور

هذا كله اذا ثبت الاستحقاق بالبينة أما اذا ثبت بالاقرار . فان كان المقر هو البائع رجع الشفيع على المشترى والمشترى على البائع حسبما ذكر . وان كان المقر هو المشترى رجع الشفيع عليه ولا يرجع هو على البائع لان الاقرار حجة قاصرة على المقر . و ن كان المقر هو الشفيع فلا رجوع لاحد على أحد

حكم تجزئة الشفعة

الشفعة حق ضعيف لا يقبل التجزئة ولكن ليس ذلك على اطلاقه بل فيه تفصيل وبيانه : أن الارض المشفوعة اما أن تكون قطعة واحدة أو عدة قطع وعلى كل فاما أن يكون المشترى واحدا أو متعددا

فان كانت الارض قطعة واحدة وكان المشترى واحدا وجب على الشفيع أن يأخذها كلها أو يترك الشفعة سواء كان البائع واحدا أو متعددا

ولا يجوز له أن يأخذ البعض ويترك الباقي لأن في ذلك تفريق الصفقة على المشترى وهو ضرر زائد على الضرر الذى لحقه بأخذ الشفعة جبرا عليه(١).

واذا كانت الأرض قطعة واحدة والمشترى متعددا جاز للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم أو انصباء الجميع بالشفعة لأنه لا ضرر على أحد في ذلك . ففى حالة ما اذا أخذ نصيب البعض فقط لا يجوز تسلم شيء من العقار ولو دفع نصيب ثمنه حتى يدفع الجميع ما عليهم أو يدفع هو عن شركائه مايخصهم ويتسلم الأرض ثم يرجع عليهم بما دفع لأن البائع له حق حبس كل المبيع لقبض كل الثمن ولا فرق فى ذلك بين أن تكون حصة كل واحد من المشترين شائعة أو مفرزة وبين أن يكون البائع واحدا أو متعددا (٢)

---

(١) وعلى ذلك العمل فى المحاكم الأهلية

(٢) أما قانون الشفعة فقد فرق بينهما فى المادة الحادية عشرة التي نصها : (اذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعاً بينهم فلا تجوز الشفعة الا فيه بتمامه أما اذا عينت فى العقد حصة كل منهم مفرزة كان للشفيع الحق فى طلب أخذه بتمامه أو أخذ حصة واحدة أو أكثر مع مراعاة القواعد المقررة لطلب الأخذ بالشفعة) ولعل مراد واضع القانون بالمشاع ما كان لشركاء فى شركة مدنية تعتبر فى الحقيقة شخصاً أدبياً فيكون المشترى حينئذ واحداً ويظهر تفريق الصفقة فى حقه . لأن الفرق بين كون الأنصباء مشاعا أو مفرزة غير ظاهرة الحكمة . لان كل واحد فى الحالتين مستقل عن الآخرين فى التصرفات استقلالا تاماً بدليل أنه يجوز لكل واحد أن يتصرف فى ملكه بدون رضا الآخرين

واذا كانت الارض جملة قطع وكان المشترى شخصا واحدا ولم تتوفر شروط الشفعة عند الشفيع الا بالنسبة للبعض فقط فانه يجوز له أن يأخذ هذا البعض الذى يشفع فيه بما يقابله من الثمن دون البعض الآخر ولا يقال أن فى ذلك تفريق الصفقة على المشتري لأن التفريق الممنوع شرعا انما هو فى حالة ما اذا كان الطالب بالشفعة شفيعاً فى الكل أما اذا كان شفيعا فى البعض كما هنا فلايكون أخذ ماهو شفيع فيه فقط تفريقاً للصفقة واذا لم يكن ثمن كل قطعة مبيناً على حدته فى عقد البيع يكون ما يدفعه الشفيع هو ما يقدره الخبراء العادلون من الثمن مقابلا لما يشفع فيه

واذا كانت الارض جملة قطع والمشترى جملة اشخاص كان الحكم كما فى الصورة السابقة ولا فرق فى هاتين الصورتين بين أن يكون الشراء بعقد واحد أو بجملة عقود [١]

ما تسقط به الشفعة

لما كان نزع الملك جبرا على صاحبه لدفع ضرر الشفيع ينتج من جهة أخرى ضررا للمشترى كان حق الشفعة ضعيفا يجب على الشفيع مزيد الحرص عليه وتمام الاهتمام به حتى يتم له ملك ما يشفع فيه بالرضاء أو القضاء فان توانى أو قصر فيه أقل توان أو تقصير سقطت شفعته

(١) ما ذكر من الأحكام فى حالتي تعدد المشترى وتعدد العقار المبيع موافق لما هو معمول به فى المحاكم الأهلية

مراعاة لحق من لحقه الضرر الآخر وهو المشترى . ولهذا بنى الفقهاء أسباب سقوطها على أصلين : الأول أنها حق ضعيف يسقط لأقل اعراض أو تقصير . الثانى أنها مجرد ارادة ومشيئة للشفيع فلا تورث عنه ويترتب على ذلك أنها تبطل (١) بترك طلب المواثبة حين العلم مع القدرة عليه بأن لم يكن فى الصلاة أو لم يسد أحد فمه أو لم يكن أهلا للتصرف لأن الترك دليل الاعراض . (٢) بترك طلب التقرير والاشهاد بلا عذر عقب طلب المواثبة . (٣) بترك طلب الخصومة والتملك شهراً فأكثر على رأى محمد وبتركه فى محل القضاء المختص بسماع الدعوى بدون عذر على رأى أبي يوسف (٤) تبطل بالصلح عنها على عوض وعلى الشفيع رد العوض ان كان أخذه والا فلا يجب على المشترى دفعه له هو حق وكذا لو باع شفعته للمشترى بمال لأن حق الشفعة ليس بمال بل هو حق مجرد لا يحتمل التمليك فكأن عقد البيع عبارة عن الاسقاط فقط مجازاً وذلك اذا كان بعد البيع . أما قبله فلا يسقط به حق الشفعة لان اسقاط الحق قبل وجوبه لا يصح وبعده يسقط بالاسقاط علم بالسقوط أو لم يعلم لان الجهل بالاحكام ليس بعذر فى دار الاسلام ولا يرتد بعد سقوطه بالرد لانه مجرد حق والساقط من الحقوق لا يعود ولكن لو صالح على أخذ نصف الدار بنصف الثمن يجوز ويعتبر بيعاً (٥) تبطل بموت الشفيع قبل الاخذ سواء كان موته قبل الطلب أو بعده فلا تورث عنه خلافا للشافعى . ودليل الامام أبى حنيفة أنها حق مجرد لانها مجرد ارادة ومشيئة للشفيع ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها بالمال ولان الشفيع يزول ملكه بالموت عن أرضه التى يشفع بها ويثبت الملك

فيها للوارث بعد البيع . وقيام ملك الشفيع لما يشفع به من وقت البيع الى وقت الاخذ شرط فى صحة الشفعة ولم يوجد فى حق الميت وقت الاخذ ولا فى حق الوارث وقت البيع فبطلت ولكنها لا تبطل بموت المشترى لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه (٦) تبطل ببيع ما يشفع به قبل القضاء بالشفعة سواء كان قبل الطلب أم بعده وسواء كان يعلم ببيع العقار المشفوع أولا الا اذا كان له خيار الشرط لأنه يمنع خروج المبيع عن ملكه فيبقى سبب الاخذ حتى يجيز أو تنقضى مدة الخيار (٧) تبطل اذا ساوم الشفيع المشترى بيعاً أو اجارة أو طلبها مرابحة أو تولية أو وضيعة أو ضمن الدرك للمشترى عن البائع وهو أن يتعهد بأنه اذا استحق المبيع يكون ضامنا للثمن لان ذلك دليل الاعراض أو شهد على عقد البيع أو هنأ المشترى أو البائع أو نحو ذلك (٨) اذا علم أن المبيع كل الارض فترك ثم اتضح أنه نصفها لان التسليم فى الكل تسليم فى جميع أجزائه ولان رغبات الناس فى الكل أكثر عادة من رغباتهم فى الأجزاء لخلو الكل عن عيب التجزئة . وقيل له الشفعة لأنه قد لا يتمكن من تحصيل ثمن الكل وقد تكون حاجته الى النصف فقط ليتمم به مرافق ملكه ومال شيخ الاسلام الى هذا القول . ولكن اذا علم أن المبيع هو البعض فترك ثم علم أنه الكل لا تسقط شفعته لما ذكر كما لا تسقط اذا علم أن المشترى فلان فترك ثم ظهر غيره لتفاوت الناس فى الاخلاق ولو علم أنه هو مع غيره كان له أن يأخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد فى حقه واذا علم أنها بيعت بألف جنيه فترك ثم علم أنها بيعت بأقل أو بغير النقود كالبر والشعير الذى قيمته ألف أو أكثر لان الرغبة

فى الأخذ تختلف باختلاف الثمن قدرا وجنسا فاذا سلم على بعض وجوهه لايلزم منه التسليم فى الوجوه كلها ولكن لو علم فى هذا المثال أن الارض بيعت بدراهم قيمتها ألف جنيه فلا شفعة له على القول الراجح وقيل له الشفعة وهو قول الامام وزفر

(٩) اذا طلب بعض العقار المشفوع وترك بعضه اذا كان قطعة واحدة والمشترى واحدا لما تقدم من أن حق الشفعة لايقبل التجزئة [١]

« (٣) وضع اليد على الأموال المباحة »

الاموال المباحة هى التى لم يتملكها أحد من العباد . وهى ثلاثة أنواع : حيوانات. ونباتات . وجمادات . والحيوانات اما أن تكون برية أو بحرية . والنباتات اما أن تكون حشائش وتسمى كلأ واما أن تكون أشجارا واما أن تكون ثمارا واما أن تكون أحطابا . والجمادات اما أن تكون أرضا أو ركازا أو نارا أو ماء . فمن وضع يده على شيء منها ملكه لقوله عليه الصلاة والسلام « من سبقت يده الى مال مباح فهو له » وكيفية وضع اليد على كل منها يتضح مما سيأتى مبتدئين بالكلام على الارض المباحة لانها أهم أنواع المباح

الأرض المباحة * الارض المباحة وتسمى أرضا مواتا أيضا لعدم إحيائها بالزرع أو البناء هى التى لم يتملكها أحد من العباد وليس بها

---

(١) أما الذى تسقط به الشفعة قانوناً فمبين فى المواد ١٩-٢٠-٢٢ من قانون الشفعة الجديد وكلها ما عدا ما يختص بالطلبات وأوقاتها موافقة لما ذكر من مسقطاتها فى الشريعة الغراء

مرعى ولا محتطب لطائفة من الناس واشترط أبو يوسف أن تكون بعيدة عن أقصى العمران بمسافة لايسمع من نهايتها الصوت الجهير وقال محمد لايشترط ذلك وقول أبى يوسف هو الظاهر المعتمد لأن القريب عادة يكون مرافق لاهل العمران (١)

ومتى كان فى جهة من الجهات أرض موات جاز لكل انسان تملكها باحيائها والاحياء يكون بحرثها وسقيها وزرعها أو غرسها ان كانت صالحة للزرع أو الغرس أو بنائها ان كانت صالحة للبناء ويكفى فى ذلك بناء الاساس

وقد أختلف فى اشتراط اذن الامام بالاحياء لتملك الارض المباحة وعدم اشتراطه فقال الامام أبو حنيفة يشترط الاذن وقال الصاحبان لايشترط ودليل الامام قوله عليه الصلاة والسلام « ليس للمرء

---

(١) — ليس بالبلاد المصرية الآن أرض موات بل جميع الأراضى التى لا مالك لها غير الوقف صارت مملوكة للحكومة ولها وحدها حق تمليكها لمن تشاء بعوض أو بغير عوض كما يؤخذ ذلك من منطوق المادة (٥٧) ولكنه جاء فى هذه المادة زيادة على ما ذكر ما نصه « انما كل من زرع أرضا من الأراضى المذكورة أو بنى عليها أو غرس فيها يصير مالكا لتلك الارض ملكا تاما ولكنه يسقط حقه فيها بعدم استعمالها مدة خمس سنوات فى ظرف الخمس عشرة سنة التالية لأول وضع يده » ومعنى ذلك أن ملكيته لاتثبت الا بعد خمس عشر سنة ولا يسقط حق الملكية الا بعدم الاستعمال المدة المذكورة . وقد جاء فى الشرح زيادة على ذلك أن التملك بما ذكر أصبح من المستحيل فى مصر (أنظر صفحة ٦٩ من شرح القانون)

الا ماطابت به نفس أمامه » ودليلهما قوله عليه الصلاة والسلام « من عمر أرضا ليست لأحد فهو أحق بها » وقوله « من أحيا أرضا ميتة فهى له » وكلا القولين صحيح فيرجح القاضى مايرى فيه المصلحة ولكن الأول أظهر لأنه أحفظ للنظام

ولا فرق فى تملكها بالاحياء بين أن يكون المحيى مسلماً أو ذمياً ويفرض عليها العشر إن كانت تروى بماء أرض عشرية وكان المحيى مسلما والا فرض عليها الخراج

وأما تحجير الارض الموات أى منعها عن تسلط الغير عليها بوضع أحجار أو شوك أو نحو ذلك على حدودها أو بازالة الحشائش والشوك ونحوها منها فلا يسمى احياء ولا يترتب عليه ملك الارض المحجرة بل يترتب عليه كون المحجر أولى من غيره باحيائها الى ثلاث سنين لقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه « ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق » فان لم يحيها فى اثنائها جاز للامام نزعها منه واعطاؤها لمن يحييها لينتفع هو بما يخرج منها وتنتفع الحكومة بالعشر أو الخراج

الحيوانات المباحة

الحيوانات المباحة هى التى لم يسبق لاحد تملكها بالاصطياد وحكم صيدها أنه جائز برا وبحرا سواء أكانت البرية طيورا أم غير طيور . والبحرية فى البحار الملحة أم فى الانهار العامة أم الخاصة [1]

---

(١) ملحوظة — الحكومة المصرية حظرت اصطياد الطيور النافعة للزراعة بأى وسيلة كانت الا اذا كان لغرض من الاغراض العلمية برخصة من وزارة الاشغال=

ومشروعية الصيد مأخوذة من الكتاب والسنة والاجماع فالكتاب قوله تعالى « أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما » وقوله « واذا حللتم فاصطادوا » وقوله عليه الصلاة والسلام لعدى بن حاتم « اذا أرسلت كلبك فاذكر اسم الله تعالى فان أمسك عليك فأدركته حيا فاذبحه وان وجدته قد قتل ولم يأكل منه فكله فان أخذ الكلب ذكاة » فمن اصطاد حيوانا مباحا ملكه (مع ملاحظة ما تقدم) ويتم الاصطياد بامساك الحيوان أو وقوعه فى الفخ أو الشبكة أو نحوهما من أدوات الاصطياد اذا وضع لهذا الغرض أما اذا وضعت شبكة ليجف ماؤها فوقع بها طائر فلا يملكه صاحبها بل اذا أخذه غيره ملكه وكذلك اذا عشش الطير وافرخ فى بستان لم يعده صاحبه لتربية الطيور فانه اذا اصطاد منه انسان شيئا ملكه ومثله فى الحكم السمك فى السواقى

= ورتبت على من يصطادها غرامة لاتزيد عن جنيه مصرى وعلى من عاد فى خلال السنة التى عوقب فيها حبس مدة لاتزيد عن أسبوع وغرامة لاتزيد عن جنيه مصرى أو باحدى هاتين العقوبتين ويصير ما يضبط منها ومن أدوات اصطيادها ملكا للحكومة وقد ذكرت أنواع تلك الطيور فى ملحق القانون نمرة ٩ — ١٥ مايو سنة ١٩١٢ الخاص بوقاية الطيور المذكورة وهذه أسماؤها قنبرة . أبو فصادة . كروان . عصفور مغنى . عصفور سفسيكولا . عصفور آكل الذباب . عصفور بيبيت . وروار . أبو قردان . هدهد . زقزاق مطوق . زقزاق بلدى ، زقزاق شامى . ونصوص الشريعة الغراء لا تأبى هذا الحظر بل هو من مقاصدها الكلية التى من ضمنها حفظ المال

والآبار المملوكة للاهالى فان أعدها أصحابها لتربية الطيور والأسماك كانت هذه الحيوانات ملكا لأصحابها كبقية حيواناتهم الداجنة فلا يجوز لأحد اصطيادها وللصيد أحكام كثيرة فليراجعها من شاء فى محلها[١]

النباتات والمياه والنار المباحة

النباتات المباحة هى الاخشاب والأحطاب والثمار التى فى الاراضى المباحة والكلأ وهو الحشائش التى تنبت بطبيعتها أى بدون عمل عامل سواء نبتت فى أرض مباحة أو مملوكة أو موقوفة . فمن وضع يده على شئ منها وأحرزه ملكه واحراز الاخشاب بقطعها والاحطاب بحزمها والثمار بجمعها والكلأ بحصده ولا يجوز لأحد منع الناس من الانتفاع بالنباتات المباحة ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لصاحب الارض منع الناس من الانتفاع بكلئها الطبيعى

فان منعهم خيره الحاكم بين أن يخرج لهم الكلأ لينتفعوا به وبين أن يبيح لهم الدخول ليأخذوه الا اذا ترتب على الدخول ضرر بين فانه يمنع

وأما المياه المباحة فقد سبق الكلام على كيفية الانتفاع بها واحرازها فى الكلام على الشرب

وأما النار المباحة فان كانت موقدة فى الاخشاب والاحطاب المباحة جاز لكل انسان أن ينتفع بها أى انتفاع أراد سواء كان بالاقتباس أم بالتدفئة . وان أوقدها انسان فى موقده فليس لاحد الاقتباس منها

(١) وأما حكم الصيد قانونا فيتبع فيه اللوائح المخصوصة به كما جاء ذلك بالمادة (٥٩ مدنى)

وانما له حق التدفئة فقط . والاصل فى اباحة هذه الانواع الثلاثة قوله عليه الصلاة والسلام « الناس شركاء فى ثلاث الماء والكلأ والنار »

الركاز

الركاز لغة اسم لدفين الجاهلية أى كنزهم المدفون فى باطن الارض ويطلق أيضا على المعادن الطبيعية التى تنطبع بالنار أى تقبل الطرق والانسحاب لأنه مأخوذ من الركز (بفتح الراء) أى الوضع فى الأرض سواء أكان الراكز هو الخالق أم المخلوق . وأما الركز بكسر الراء فمعناه الصوت الخفى ومنه قوله عليه تعالى « هل تحس منهم من أحد أو تسمع لهم ركزا » وحكم الركاز شرعا أن فيه الخمس للحكومة يصرف فى مصارف الصدقات لقوله عليه الصلاة والسلام « وفى الركاز الخمس » وأربعة أخماسه لمالك الارض التى وجد فيها فان وجده انسان فى أرضه أو فى أرض مباحة فأربعة أخماسه له وان وجده فى أرض مملوكة للأهالى فأربعة أخماسه لمالك الارض وللواجد أجرة مثل عمله وان وجده فى أرض الحكومة فكله لها : الخمس لكونه ركازا وأربعة الأخماس لكونه وجد فى أرضها . وللواجد أجرة مثل عمله أيضا الا اذا كان بينه وبين صاحب الارض أو الحكومة شروط فتتبع [1]

(١) يؤخذ من النصوص المذكورة أن تصريح الحكومة للافراد والشركات فى البلاد المصرية وغيرها من الممالك الاسلامية بالبحث عن المعادن والكنوز فى مقابلة أخذه جزءا منها أو مكافأة نقدية جائز شرعا مادام فيه المصلحة وحكم الكنوز القديمة ونحوها مما يطلق عليه عنوان (العاديات) أنه يتبع فى تملكها قانونا أحكام اللائحة الخاصة بها الصادرة فى ١٢ يونية سنة ١٩١٢ » «انظر قانون نمرة ١٤ من السنة المذكورة

وأما بقية أنواع المعادن وهى : أولا المعادن الجامدة التى لا تذوب ولا تنطبع بالنار كالاحجار الكريمة والجبس والفحم الحجرى . وثانياً المعادن السائلة كزيت البترول فحكمها أنه لا شئ فيها للحكومة بل تكون جميعها لمالك الارض التى وجدت فيها فان وجدها انسان فى أرضه أو فى أرض مباحة فهى له وان وجدها فى أرض الاهالى فهى لصاحب الارض وان وجدها فى أرض الحكومة فكلها لها ولمن وجدها في الصورتين الاخيرتين أجرة مثل عمله الا اذا وجدت شروط فتتبع . وأما الكنوز التى عليها نقوش الاسلام والتى لا شئ عليها كالاوانى والسبائك والاسلاك المدفونة فى الارض وليس عليها نقوش أصلا أو عليها نقوش لا يمكن الاستدلال بها على كون الدفين اسلامياً أو جاهليا اذا وجدها انسان فى ملكه أو فى أرض مباحة ولم يدعها أحد فهى له وأما اذا ادعاها شخص وعرفها تعريفاً تاماً وجب اعطاؤها له وان وجدها فى أرض مملوكة لغيره وادعاها مالك الارض فهى للمالك وان لم يجد لها صاحبا اعتبرت لقطة يجب التعريف عنها شرعا فى مظان وجود صاحبها حتى ييئس من وجوده ثم يتبع فى انفاقها أحكام الشريعة الغراء (١)

---

(١) الجارى عليه العمل الآن فى الحكومة المصرية ان من وجد لقطة لم يجد صاحبها أولم يعرفه يجب عليه فى ظرف ثمانية أيام على الاكثر ان يخبر عنها أو يسلمها لاقرب رجل من رجال الحكومة بما فيهم عمد البلاد وعلى صاحبها أن يتطلبها من الحكومة فان كانت وصلت اليها أعطتها له بعد أن تأخذ منه مقدار عشر قيمتها من النقود لتعطيه لواجدها على سبيل المكافأه تشجيعا للناس على رد =

« وضع اليد . وعدم سماع الدعوى بمرور الزمان »

هذا المبحث ليس من مباحث أسباب الملك التام وانما ذكر هنا للمناسبة التى لاتخفى وأحكامه متفرعة عن أصلين من أصول الشريعة الغراء فلسهولة فهم تلك الاحكام يجب أن نبدأ بذكر هذين الاصلين تاركين المطلع فى بعض الاحيان ارجاع الحكم المطلق الى أصله المأخوذ منه

الاصل الاول ـ مايؤخذ من قوله عليه الصلاة والسلام «لا يبطل حق امرئ مسلم وان قدم» وهو أن القضاء (أى حكم القاضى) مظهر للحق لامثبت له لان الحق كان ثابتاً قبل الحكم والحقوق الثابتة لشخص على شئ لاتزول بوضع يد الغير على هذا الشئ ولو طال الزمان

الاصل الثانى ـ ان القضاء يتخصص بالزمان والمكان والخصومة

= الامانات إلى أهلها زيادة عما يصرف على مؤونتها ان كانت مما يحتاج لمؤونة حسبما تقدره جهة الادارة ولا يعتبر من اللقطة الحيوانات الشارده أو السارية وهي التى خرجت من محل صاحبها بدون علمه بل يجب على واجدها ردها لصاحبها أو للحكومة بلا مقابل وان لم يظهر للقطة صاحب فان كانت مما لايخشى عليه التلف كالاثاثات والاشياء الصغيرة تحفظ سنة ثم تباع ويعطى لمن وجدها عشر الثمن كما ذكر والباقى يحفظ بالخزينة ثلاث سنين فان لم يطلبه صاحب الشئ صار ملكا للحكومة . واذا لم يفعل من وجد ذلك الشيء جاز الحكم عليه بغرامة لاتزيد على مائة قرش فاذا كان عدم الايداع أو الاخبار نتيجة نية الواجد فى امتلاك الشئ أو إخفائه جاز اعتباره سارقا . وقد سنت الحكومة قانونا يختص بالاشياء الضائعة تاريخه ١٨ مايو سنة ١٩١٠ سار علي الاجانب والوطنيين وتقرر فيه ماسبق من الاحكام

أى إنه يجوز لولى الأمر أن يخصص القاضى الذى يعينه بسماع قضايا مخصوصة فى أزمان معينة بين أهالى جهات محددة فاذا حصل ذلك فليس للقاضى أن يحكم فى غير ماخصصه به ولى الأمر . وبناء على هذه القاعدة صدر أمر سلطانى فى عهد المرحوم السلطان سليم العثمانى لقضاة الاسلام بعدم سماع دعوى الملك على واضع اليد بعد مضى خمس عشرة سنة فيما عدا الارث والوقف فان الفقهاء قدروا مدة وضع اليد عليهما بثلاث وثلاثين سنة ويحسب الزمن بالسنين الهجرية وقد أدخلت المجلة (قانون الدولة العلية) الميراث ضمن ما لاتسمع فيه الدعوى بعد مضى خمس عشرة سنة وجعلت مدة وضع اليد على الوقف التى لاتسمع بعدها الدعوى ستا وثلاثين سنة

وقد يتبادر الى ذهن من يطلع على هذين الاصلين عند النظرة الاولى أنهما متناقضان لدلالة الأول على عدم ضياع الحقوق بوضع يد الغير وان طال الزمان ودلالة الثانى على ضياعها بعد وضع اليد بخمس عشرة سنة ولكنه لاتناقض فى الحقيقة بل يعمل بكل منهما فى أحوال مخصوصة وذلك أن المنع من سماع الدعوى على واضع اليد انما أمر به بعد أن عم الظلم وفشا اغتيال أموال الناس بالباطل بسبب دعاوى الاقوياء على واضعى اليد بعد المدة الطويلة بملك ماوضعوا عليه أيديهم والحكم لهم بالملكية بناء على شهادات شهود غالبهم أداها رغبة فى أجر أو رهبة من جائر وبناء على ذلك لايجوز للقضاة سماع الدعوى على واضع اليد

بعد مضى خمس عشرة سنة ان كان فيها شبهة التزوير . أما اذا كانت الدعوى صحيحة لاشبهة للتزوير فيها بأن اعترف واضع اليد بملكية المدعى لما يدعيه ولكنه دفع الدعوى بفوات المدة الطويلة على وضع يده . فالحكم أنه وان لم يجز للقاضى سماعها من تلقاء نفسه لكونه ممنوعاً منه يجب عليه أن يستأذن ولى الأمر فى سماعها أو يطلب منه تعيين من يسمعها من القضاة ويحكم بالحق لصاحبه ويرده اليه

ابتداء مدة وضع اليد

تبتدئ المدة المانعة من سماع الدعوى على واضع اليد من الوقت الذى يظهر فيه واضع اليد بمظهر المالك وعدم وجود عذر شرعى يمنع المدعى من سماع دعواه . فان لم يظهر بهذا المظهر بأن اعترف بأنه مستأجر أو مستعير أو مرتهن أو نحو ذلك فلا يصح المنع من الدعوى مهما طال الزمان وكذلك لا يمنع ان ظهر بمظهر المالك ولكن المدعى كان عنده عذر شرعى يمنعه من اقامة الدعوى كأن كان مريضا أو مجنونا أو صغيراً أو مسافراً أو خائفاً من جبروت واضع اليد بل تبتدئ المدة من وقت زوال هذه الأعذار أى بشفاء المريض وافاقة المجنون وبلوغ الصغير رشيداً وحضور المسافر وأمن الخائف

ولافرق فى وضع اليد بين أن يكون لشخص واحد أو لجملة أشخاص تعاقبوا وضع اليد وظهر كل منهم بمظهر المالك اذ المدة المعتبرة فى منع سماع الدعوى تحتسب لواضع اليد عن مدة وضع يده ومدد وضع يد من تلقى الملك عنهم وان كثر تعاقبهم كما لافرق بين أن يكون تلقى الملك بعقد معاوضة أو بعقد تبرع أو بغير عقد

« انقطاع المدة »

لا يقطع مدة وضع اليد سواء أكان فى الارث والوقف أم فى غيرهما الا بالمخاصمة أمام القاضى فاذا أقام مدعى الملك دعواه بعد خمس عشرة سنة هجرية الا يوما سمعت دعواه لعدم فوات المدة ولكن اذا لم يحكم فيها لسبب ما كالغاء المحكمة قبل الحكم انقطعت المدة الأصلية وابتدأت مدة جديدة من يوم اقامة الدعوى بحيث اذا تركت مدة خمس عشرة سنة الا قليلا من هذا الوقت جاز سماعها . أما المطالبة فى غير مجلس القضاء فلا تقطع المدة ولو تكررت

وكما لاتسمع الدعوى بمضى المدة الطويلة لاتسمع اذا اقترنت بما يفيد بطلانها ولو لم تمض المدة الطويلة كما اذا كان المدعى قد استأجر هذه العين من واضع اليد أو طلب شراءها أو استئجارها أو استعارتها أو ارتهانها ثم ادعى ملكيتها بعد ذلك وكما اذا بيعت بحضوره وهو أجنبى عن البائع ورأى المشترى يتصرف فيها تصرف الملاك فى أملاكهم وسكت بدون عذر ولو زمنا قصيرا عن اقامة الدعوى . أما اذا بيعت بحضوره وكان قريبا للبائع بأنه كان ابنه أو كان أحد الزوجين وسكت بدون عذر بعد العقد ولو بزمن يسير فلا تسمع دعواه ولو لم يتصرف المشترى فى المبيع

« حكم وضع اليد على العقار والمنقول والديون والمنافع العامة »

إن جميع أحكام وضع اليد السابقة تسرى على العقار والمنقول والديون على السواء بلا تمييز بينها على رأى علماء الحنفية وفرق الامام مالك رضى

الله تعالى عنه بين العقار والمنقول وبين بعض أنواع المنقولات وبعضها الآخر فليراجعه من يشاء

وأما المنافع العامة فلا يمنع وضع اليد عليها من سماع الدعوى على واضع اليد مهما طال الزمن سواء أكان المدعى من الهيئة الحاكمة أم المحكومة وسواء أكان ممن ينتفع بالعين الموضوع عليها اليد أم لا لأن كل انسان له الحق فى الانتفاع بها ومن كان كذلك يثبت له حق اقامة الدعوى ولو لم ينتفع بالفعل [١]

---

(١) ـ المدة الطويلة فى القانون

اعتبر القانون وضع اليد على الأملاك والأوقاف مدة معينة من أسباب الملك التام كالبيع الصحيح اللازم

وقد تكفلت المواد (من ٧٦ الى ٨٧) ببيان أحكام هذا المبحث وهي تنحصر اجمالا فيما يأتى

(١) ـ وضع اليد وما يشترط فيه (٢) زمن وضع اليد الموجب للملكية (٣) مضى المدة المسقط للحق . واليك مجمل ما جاء فى كل قسم من هذه الأقسام مأخوذاً باختصار من شرح القانون (من صفحة ١٠٦ — ١١٥)

(١) ـ وضع اليد وما يشترط فيه * وضع اليد هو تعمد حيازة الشىء حيازة مستأثر بمنافعه ومتصرف فيه استئثار المالك وتصرفه سواء كان وضع اليد من متعمد الحيازة بمباشرته أو بواسطة وكيله فوضع اليد ونية التملك شرطان للتملك بمضي المدة

ووضع اليد يكون فى كل شىء بحسبه ففى ارادة كسب حق الملكية وحق الانتفاع وحق السكنى ونحو ذلك مما يحتمل الحيازة الفعلية لا بد من هذه الحيازة ـ وفى ارادة كسب غير هذه من الحقوق العينية ينظر فما كان منها مستمراً كالمطل =

= على الجار والشرب فمتي وجد ابتدأ الحق ويستمر باستمراره ولا يبطل الا اذا سد المطل وانقطع الشرب وما كان غير مستمر فوضع اليد عليه يكون بالاستعمال الدائم كالمرور :

ويشترط فى وضع اليد : (١) أن يكون ظاهراً (٢) أن يكون بالاختيار فى الابتداء والاستمرار (٣) أن تكون اليد مستمرة بدوام استعمال الشيء الموضوع عليه اليد (٤) ألا ينقطع وضع اليد بسبب من أسباب الانقطاع

(٢) في زمن مضى المدة الموجب للحق * يختلف الزمن المذكور باختلاف حالة الشى الموضوع تحت اليد وباختلاف حالة وضع اليد وذلك ان الشيء اما أن يكون وقفاً أو مملوكا وواضع اليد اما أن يكون واضعاً يده على حق مملوك لشريكه فى الارث واما أن يكون أجنبياً عمن وضع يده على ملكه : فان كان الشيء وقفاً أو كان واضع اليد وارثاً وضع يده على حق شريكه كان الزمن اللازم لاكتساب الملك ثلاثا وثلاثين سنة . وان كان الشيء غير وقف وواضع اليد غير وارث اختلف الزمن باختلاف سنده ونيته ـ فان كان لا سند له أو له سند ولكنه غير حسن النية فالزمن خمس عشرة سنة واذا كان حائزاً للشرطين معاً فالزمن خمس سنين والمراد بالسند السند الصحيح وهو الذى لو كان صادرا من مالك لانتقلت الملكية منه الى المتعاقد ... فان كان السند غير صحيح فالزمن خمس عشرة سنة وذلك كالعقود الباطلة وكالأحكام ما عدا أحكام مرسى المزاد وكاعلان ثبوت الوارثة وقسمة الأملاك لأن هذه الأشياء اقرارية لا انشائية

ويترتب على مضى المدة : (١) ملكية واضع اليد ملكية تامة (٢) سقوط الحقوق العينية اذا اعتبر واضع اليد الملك حراً بلا معارضة من أحد أو بالحكم له اذا عورض (٣) يزول كل عيب من السند الصحيح كالغش والخطأ والاكراه

(٣) فى مضى المدة المسقطة للحق * مضى المدة المسقط خاص بالتعهدات والالتزامات والحقوق العينية التى يضيع الحق فيها بعدم استعمالها كحق المرور وهو يتم بمجرد مرور الزمان بشرط أن يكون الدين مستحقاً ويختلف زمن مضي المدة =

« نزع الملك »

الأصل أنه متى ملك انسان شيئا ملكا تاما بسبب من الأسباب السابقة لا يجوز أن ينتزع منه ما ملكه الا برضاه ولكن قد توجد

= المسقط باختلاف التعهدات والالتزامات والحقوق لأن منها ما يسقط بمضى خمس عشرة سنة كما سبق وهو الأصل ومنها ما يسقط بمضى خمس سنين ومنها مايسقط بمضي ثلثمائة وستين يوماً

فالتي تسقط بخمس سنين هي : «١» فائض المرتبات المقررة «٢» فائدة الديون «٣» المعاشات «٤» أجور الأراضى والمنازل والحكر والأموال الأميرية بالنسبة للمالك «٥» النفقات «٦» المكافئات التي تعطى للمستخدمين «٧» كل مايستحق دفعه سنوياً أو فى دور مدته أقل من سنة «٨» الديون التجارية

والتى تسقط بمضي ثلثمائة وستين يوماً هى : (١) أجر الاطباء والمحامين والمهندسين (٢) أثمان المبيعات التى تباع من التجار لغيرهم أو لهم فى غير ما يتعلق بتجارتهم (٣) أجر المعلمين (٤) أجر الفعلة العاديين . وأما من كانت تدفع أجرته شهرياً فالمدة فيه خمس سنين (٥) رسوم الاوراق المستحقة للمحضرين وكتبة المحاكم

ومضي المدة بالنسبة لملكية المنقولات اذا كانت بغير سبب صحيح أو بسبب صحيح مع سوء النية يكون بخمس عشرة سنة أما اذا كان بسبب صحيح وحسن نية اكتسب واضع اليد الملكية فى الحال طبقا لقاعدة (حيازة المنقول سند ملكيته) ويستثنى من ذلك حالة ضياع الشيء أو سرقته فان وضع اليد عليه بسبب صحيح وحسن نية لا يفيد الملكية الا بمضي ثلاث سنين واذا استرده صاحبه قبل مضى السنين الثلاث وكان واضع اليد قد اشتراه من السوق العام معتقداً ملكية البائع وجب على صاحبه أن يدفع لذى اليد الثمن وكذا ان اشتراه ممن يتجر فى مثله عادة . وعلى من يريد التوسع مراجعة شرح القانون

دواع تدعو الى انتزاع الملك جبرا وهذه الدواعى تنحصر فى حالتين :

الحالة الأولى - أن يكون المالك مدينا دينا واجب الأداء وامتنع عن أدائه امتناعا أدى الى رفع الدائن أمره الى القاضى فحينئذ يحكم القاضى بالحجز على أمواله لايفاء الدين منه فان كان فيها نقود حكم بأدائه منها وكذلك اذا كان الدين شيئا من المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة وعند المدين من جنسها ما يفى بالدين فان لم يكن فى أمواله شىء من جنس الدين باع الحاكم من أمتعته بقدر ما يفى به بشرط ألا يكون فيه غبن على المدين وأن يبدأ بالأيسر فالأيسر على المدين فيباع أولا ما يتسارع اليه الفساد ثم غيره من المنقولات ثم العقارات ولكن رفقا بالمدين يجب أن يترك له الشىء الضرورى هو ومن تلزمهم نفقتهم من مأكل وملبس ومسكن ويقدر الضرورى من المأكل بما يكفيهم الى الوقت الذى يحصلون فيه على غيره

فان كان أجيرا يؤخذ أجرته يوميا يترك له قوت يوم وان كان يأخذها أسبوعيا ترك له قوت أسبوع . وان كان موظفا يأخذ مرتبه شهريا ترك له قوت شهر وان كان زارعا يترك له ما يكفى الى حين حصاد زرع جديد ومن الملبس كسوة وقيل كسوتان . ومن المسكن مايسع سكناهم وحفظ أمتعتهم الضرورية فان لم يوجد للمدين غير هذه الاشياء الضرورية فلا يباع شىء منها لان استيفاء الضروريات مقدم على أداء الديون حتى لايكون المدين ومن يعولهم عرضة للهلاك وذلك مما تأباه العدالة ويحرمه النظام العام . هذا كله رأى الصاحبين

وقال الامام أبو حنيفة لا يجوز الحجز على المدين ولا بيع أملاكه جبرا لأن فى ذلك اهدارا لآدميته والحاقا له بالبهائم بل يأمره بالدفع فان امتنع حكم بحبسه حتى يؤدى دينه سواء كان ذلك بواسطة بيع شىء من أملاكه أم بغيره كالقرض ورأى الصاحبين هو المعتمد [1]

---

(١) ـ على مقتضى رأى الصاحبين من الابتداء ببيع الأيسر فالأيسر وترك الضرورى للمدين دونت أحكام اللائحة التنفيذية للمحاكم الشرعية الصادرة فى ١٤ ابريل سنة ٩٠٧ وكذلك قانون محاكم الاخطاط . أما القانون المدنى فلم يفرق فى الحجر على أموال المدين بين الابتداء بالعقار أو بالمنقول ومع ذلك فقد استثنى مما يجوز الحجز عليه بعض المنقولات وهى

(١) الاجر والمرتبات والمعاشات على التفصيل الوارد فى المادة ٤٢٤ مرافعات والامر العالى الصادر فى ٢٦ فبراير سنة ١٨٩٠ بالقيود المدونة فيهما

(٢) النفقات والمبالغ الموهوبة أو الموصى بها للنفقة أو المشترط فيها عدم جواز الحجز عليها الى آخر ماجاء بالمواد ٤٣٦ — ٤٣٧ — ٤٣٨ مرافعات

(٣) الفراش والثياب والملابس على الوجه المبين فى المادة (٤٥٤) مرافعات

(٤) الكتب الضرورية لحرفة المدين والآلات والعدد اللازمة للصناع لأعمال صناعاتهم الى آخر ماجاء بالمادة ٤٥٥ مرافعات

وكذلك استثنى قانون محاكم الأخطاط من الأموال التى للمدين بعض المنقولات وهو لايخرج فى الجملة عما ذكر وهذا الاستثناء مبين بالمواد (١٩٤ — ١٩٥ — ١٩٦) وأخيراً توسعت الحكومة المصرية فى الاستثناء لحماية صغار المزارعين عن مخالب ذوى الجشع من المرابين فوضعت لذلك قانون (خمسة الافدنة) الصادر عليه الأمر العالى فى أول مارس سنة ٩١٣ فقد نص فيه على أنه لا يجوز الحجز على الاملاك الزراعية التى يملكها الزراع الذين ليس لهم من الاطيان الا خمسة أفدنة أو أقل ويدخل فى ذلك مساكن الزراع المذكورين وملحقاتها ودابتان من الدواب =

الحالة الثانية - أن يكون الملك محتاجا اليه للمنافع العامة كحفر الأنهار والترع وفتح الطرق والشوارع وتوسيعهما وتوسيع الجسور وتقويتها وانشاء الحصون والمرافئ والسكك الحديدية وغير ذلك مما هو مخصص لمنفعة العامة فانه اذا احتيج اليه لشئ مما ذكر ولم يقبل المالك اعطاءه مختارا بالثمن الذى تقدره الحكومة يحكم القاضى بنزع ملكيتها جبرا فى مقابلة ثمن يقدره الخبراء العادلون

ويجوز أخذ أموال الوقف للمنافع العامة ولكن تجب مراعاة مصلحة الموقوف عليهم بأن تستبدل بما هو أحسن صقعا وأغزر ريعا. وان كان المأخوذ للمنافع العامة من أرض الحكومة التى أعطتها للأهالى لينتفعوا بزراعتها بأجرة أو فى نظير دفع الخراج وجب أن ترفع الأجرة والخراج عمن أخذت منه (١)

= المستعملة للجر والآلات الزراعية اللازمة لاستثمار الارض — ولكن لا يسرى هذا الاستثناء فى الاحوال الآتية : اذا كان المدين يملك أكثر من خمسة أفدنة وقت نشوء الدين أو كان غير مزارع أو حكم عليه بمبالغ بسبب جناية أو جنحة أو نفقة زوجية أو أجرة رضاع أو حضانة أو ما يكون مستحقا من المهر أو يكون سندا لدين مسجلا وقت العمل بهذا القانون أو ثابت التاريخ من قبل ومثل الدائنين فى ذلك من يحل محلهم « أنظر شرح قانون خمسة الافدنة لسعادة قمحه بك وكيل مدرسة الحقوق »

(١) ليس فى القانون المدنى من أسباب نزع الملك جبرا على صاحبه غير الحالتين اللتين سبق بيانهما . ويشترط لنزع الملك للمنافع العامة قانوناً شرطان وهما : (١) صدور أمر عال (٢) تعويض المالك قيمة ما نزعت ملكيته منه =

المداينات

المداينات جمع مداينة وهى مأخوذة من داين اذا أخـذ بالدين وأعطى به وتنحصر مباحث المداينات فى : تعريف الدين . وأقسامه . وايفائه . والمقاصة فيه . والابراء عنه . وتجديده . وفسخ العقد المترتب عليه الالتزام بالدين . وسقوطه

تعريف الدين

الدين معناه لغة كل شىء غير حاضر . ويجمع على ديون وأدين . والدائن من له الدين والمدين والمديون من هو عليـه . وقيل المديون كثير الدين وهى لغـة بنى تميم والحجازيون لا يقولون مديونا وانما يقولون مدينا

= والذى لههذا الحق هو : (١) مصالح الحكومة (٢) المصالح العمومية الأخرى (٣) الشركات والأشخاص الذين يريدون أن يعملوا عملا ذا منفعة عمومية تقررها الحكومة . وينزع ما يكون لازماً للمنفعة من العقار كله أو بعضه ويقدر التعويض بالاتفاق أو بحكم المحكمة بناء على تقدير الخبراء ويلاحظ فى هـذا التقدير ما قد ينشأ عن نزع بعض الملك من الزيادة أو النقصان فى قيمة الباقى فان أخذ كل العقار فلا يلاحظ ذلك ويترتب على نزع الملكية

(١) أن يعتبر الامر العالى الصادر بنزع الملكية كعقد ملكية مسجل

(٢) يعتبر الاتفاق على الثمن وملحقاته عقداً رسمياً

(٣) يبرأ طالب نزع الملكية من كل حق للغير متى دفع الثمن للملاك

(٤) تنتقل العقارات المنزوعة ملكيتها خالية من جميع الحقوق

(٥) اذا تبين أن الملك لغير من ذكر اسمه فى الامر العالى فليس للمالك الا =

ومعناه شرعاً ماثبت من المال في الذمة بسبب من الأسباب الموجبة له وهي على سبيل الاجمال ثلاثة أسباب : الأول العقود . الثاني النصوص الثالث الأفعال . فالعقود كالقرض والبيع والاجارة والكفالة والحوالة والزواج والخلع وغير ذلك . والديون التي تثبت بها هي : بدل القرض والثمن والأجرة والمكفول به والمحال به والمهر وبدل الخلع وهكذا والنصوص هي الأحكام الشرعية بثبوت النفقات على اختلاف أنواعها فانها تكون دينا في ذمة من وجبت عليهم شرعا — والأفعال كالغصب واستهلاك أموال الغير بالتعدى فانها تثبت بها أمثالها ان كانت من المثليات أو قيمها ان كانت من القيميات في ذمة الغاصب المستهلك

= أن يرجع عليه اذا كان أخذ الثمن فان لم يكن أخذه تولاه بالطرق القانونية من خزينة الحكومة

(٦) لايتوقف نزع الملكية على أى دعوى تكون مقامة بشأن العقار وانما يتحول حق ذى الشأن في تلك الدعاوى من العقار الى الثمن

هذا كله اذا كان المالك حاضراً وأهلا للتصرف وغير محل خيري فان كان المالك من غير هؤلاء فلا تجوز الممارسة على الثمن الا اذا كان طالب نزع الملكية مصلحة أميرية. ولا يجوز للأوصياء أو القوام قبض الثمن الا باذن خصوصى من الجهة التي لها النظر في ذلك • فان كان العقار وقفاً اسلامياً وجب ايداع الثمن في خزينة ديوان عموم الأوقاف ولكن المتبع الآن هو الايداع في خزائن المديريات والمحافظات والقضاة الشرعيون لايرخصون بالبيع الا على هذا الشرط . وان كان وقفاً غير اسلامى سلم الثمن الى الجهة التابع لها الوقف « أنظر شرح القانون من صفحة ١١٦ — ١٢٤ »

سواء أهلكها بنفسه أم أهلكها من هم تحت رعايته من القصر والمجانين أو ماهو فى ملكه من الأعيان كجناية الحيوانات والهلاك بعدم اتخاذ الحيطة فى المبانى حتى سقطت فأتلفت شيئاً وفى هذا المبحث بيان شاف فى الجزء الخامس من ابن عابدين (من صفحة ٥١٦ – ٥٤٧) فليراجعه من شاء [1]

---

(١) المداينات فى القانون

أدمج القانون المدنى الكلام على المداينات فى مباحث التعهدات والالتزامات لانها من جزئياتها ولكنه أفردها بالكلام فى المواضع التى لايشترك معها فيه غيرها كالمقاصة والابراء واستبدال الدين بغيره ونحو ذلك ثم تكلم على حقوق الدائنين فبين أنواعها فى المواد من (٥٥٤ — ٦٠٥) وسيأتى بيان التعهدات والالتزمات القانونيه عقب مبحث كتاب العقود والتصرفات الشرعية والآن نبين باختصار مايتعلق بالديون من هذه المباحث

أسباب الديون فى القانون

أسباب الديون فى القانون ثلاثة كما فى الديون الشرعية

الأولى — توافق المتعاقدين (العقود والتصرفات) وهى مبينه بالمواد (من ١٢٨ — ١٤٣)

الثانى — الأفعال التى تصدر من الشخص نفسه أو ممن هم فى كفالته أومن أمواله أو من أموالهم وهى مبينه بالمواد (من ١٤٤ — ١٥٣)

الثالث — نصوص القانون وهى مبينه بالمواد (من ١٥٤ — ١٥٧)

فالدين الواجب بالعقود سيأتى الكلام عليه فى ضمن الكلام على العقود من أقسام التعهدات القانونية والديون التى تجب بالنوعين الاخيرين هى بعينها المبينه فى أسباب الديون الواجبة بهما شرعا بدون فرق مطلقا بين أنواعها

« أنواع الدين »

ينقسم الدين باعتباراته المختلفة الى أنواع كثيرة وذلك أنه باعتبار وصفه ينقسم الى : حال ومؤجل ومسقط . وباعتبار قوته ينقسم الى : ممتاز وغير ممتاز . والى صحيح وغير صحيح . والى دين صحة ودين مرض ـ وباعتبار سببه بالنسبة للمدين ينقسم الى ثابت أصالة فى الذمة وثابت تبعا لثبوته على شخص آخر وبالنسبة للدائن ينقسم الى مشترك وغير مشترك واليك بيان كل

الدين الحال ماتصح المطالبة به فوراً والدين المؤجل ما لاتصح المطالبة به الا وقت حلول الأجل . ويشترط فى الاجل لصحة العقد المترتب عليه الدين أن يكون معلوما عند المتعاقدين علماً نافياً للجهالة الفاحشة المؤدية الى النزاع ـ والدين المقسط مايؤدى أجزاء متفرقة فى أوقات متعددة ـ ويشترط لصحة التقسيط أن تكون الأجزاء معلومة وأوقات الأداء معينة كما ذكر . واذا اشترط الدائن أنه اذا تأخر المدين عن دفع أى قسط فى وقته تحل بقية الأقساط اعتبر الشرط ووجب العمل به وان لم يشترط ذلك وتأخر المدين فلا تحل .

والدين الممتاز هو ما أخذ به الدائن رهنا وسيأتى الكلام على هذا النوع فى مبحث الرهن . وغير الممتاز أو العادى هو ما لا رهن به . ودين الصحة هو ماثبت فى ذمة المدين حال صحته سواء علم سببه بأن كان ثمن مبيع مثلا أم لا . كما اذا ثبت بالاقرار ـ ودين المرض هو ما ثبت فى ذمة المدين أثناء مرض موته فان علم سببه كان فى قوة دين الصحة

وان لم يعلم سببه كان أضعف منه فلا يؤخذ من استحقه شيئا الا بعد استيفاء أرباب الديون المذكورة حقوقهم ومن ذلك يعلم أن الديون باعتبار قوتها مرتبة كما يأتي :

(١) الديون التى أعطى بها رهن سواء كان عقاراً أم منقولا ولا يتعدى الامتياز الرهن ما عداه من أملاك المدين كما سيأتى

(٢) ديون الصحة سواء أعلم سببها أم لا وديون المرض التى علم سببها وليس بشى منها رهن

(٣) ديون المرض التى لم يعلم سببها اذا كانت لغير وارث أو لوارث وصدق الورثة المقر فان كانت لوارث ولم تصدقه الورثة فلا يعتبر دينا

والدين الصحيح هو الذى لا يسقط الا بالأداء أو الابراء وهو يشمل جميع الديون ماعدا ديون النفقة غير المستدانة أصلا أو المستدانة بغير الرضا أو القضاء، وغير الصحيح مايسقط بغير ما ذكر كبقية أنواع النفقات فانها اذا كانت للزوجة تسقط بالموت أو الطلاق واذا كانت لغيرها من الأقارب تسقط بزوال الوصف الموجب لها .

والدين الثابت اصالة فى الذمة هو ما وجب فى ذمة المدين ابتداء وهو كل الديون ما عدا دين الكفالة والحوالة وما ثبت تبعا هو كل من النوعين المذكورين فانهما انما يثبتان بالتبعية لثبوتهما فى ذمة المكفول عنه والمحال عليه وسيأتى بيان كل منهما فى مبحثه الخاص به

والدين المشترك ما كان سبب ثبوته فى ذمة المدين متحدا كأن يكون ثمن مبيع مشترك بيع صفقة واحدة ولم يذكر فى العقد مقدار نصيب

كل واحد أو أجرة مال مشترك . أو آيلا للورثة عن مورثهم . أو قيمة مال مستهلك مشترك . أو أداه الكفلاء من مال الشركة بأمر المكفول عنه فانه يكون مشتركا عليه

وحكم هذا القسم أنه يجوز لكل واحد من الشركاء أن يطالب بحصته منه متى كانوا حاضرين فان كان أحد الشركاء غائبا جاز للحاضر طلب نصيبه ولا ينتظر الغائب وللقاضي أن يجبر المدين على أداء نصيبه ولا فرق في جواز المطالبة بهذه الصفة بين أن يكون بالدين رهن أو كفيل لكل الشركاء أو لبعضهم دون البعض الآخر . واذا سقط نصيب أحد الشريكين أو الشركاء في الدين عن المدين فلا يخلو من أن يكون سبب سقوطه استيفاءه أو هلاك الرهن الذي تحت يده بهذا الدين . أو تركه بعوض أو بغير عوض أو المقاصة به . فان كان سبب سقوطه استيفاءه سواء أكان من المدين أم من الكفيل بحصته أم من المحال عليه بها جاز للآخر أن يشاركه فيما أخذه بنسبة نصيبه ويشاركه بالأولى اذا كانت الكفالة والحوالة بكل الدين . وجاز له أن يتبع المدين بنصيبه . فان اختار اتباع المدين فلا يكون له الحق في الرجوع على شريكه الا اذا هلك نصيبه بموت المدين مفلسا . وان كان السقوط بسبب هلاك الرهن المأخوذ به أو كان بسبب تركه بعوض فالحكم كما ذكر سواء كان العوض مالا كما اذا اشترى بنصيبه شيئا من المدين أو منفعة بأن استأجر به شيئا منه ويجوز أيضا لشريكه أن يشاركه فيما اشتراه أو استأجره اذا تراضيا على ذلك . أما اذا كان العوض بدل صلح فان كان هذا البدل من جنس الدين كان شريكه مخيراً بين أن يشاركه فيما أخذه قل

أو كثر بنسبة نصيبه فى الدين وبين أن يتبع المدين بحصته كما ذكر فى الاستيفاء وان كان من غير جنس الدين فالحكم فيه كالشراء . ولا فرق فى الرجوع على الآخذ بين أن يكون ما أخذه قائما عنده وبين أن يكون تصرف فيه تصرفا يجعل للغير حقا عليه أو استهلكه سواء كان من جنس الدين أو من غير جنسه ولكن اذا هلك ما أخذه تحت يده بدون تعد ولا تقصير فلا رجوع لشريكه عليه بشئ وانما يرجع على المدين بحصته

وان كانت بسبب ترك الدين بلا عوض فسواء كان بالهبة أو بالابراء فلا رجوع لشريكه عليه وانما يرجع بنصيبه على المدين

واذا كان السقوط للمقاصة فان كانت بسبب اتلافه شيئا من مال المدين أو بحدوث دين المدين عليه بعد ثبوت الدين المشترك جاز لشريكه أن يرجع عليه بنصيبة فيما سقط قصاصا أو أن يرجع على المدين . والرجوع على الشريك يكون بمثل نصيبه لا بعينه ولو كان قائما لأن الديون تقضى بأمثالها .

وان كان بسبب ضمان أحد الشريكين مدينا لمن عليه الدين المشترك سقط نصيبة قصاصا بهذا الضمان . أو كان على أحد الشريكين دين المدين سابق على الدين المشترك فيتقابل الدينان قصاصا ولا يرجع الشريك على شريكه بشئ ولو رجع الشريك الضامن المكفول منه وأخذ منه ما أداه عنه فى صورة الضمان . وانما يرجع الشريك الآخر على المدين بنصيبه

واذا مات المدين وكان أحد الشريكين فى الدين وارثا له والتركة لا تفى بدينيهما اشتركا فيها على حسب حصة كل واحد منهما فى الدين

ولا يجوز لاحد الشريكين أن يتصرف فى الدين المشترك تصرفا

يضر بالآخر فلا يجوز لأحدهما اذا كان الدين المشترك موروثا أن يؤجل نصيب شريكه فى الدين الحال أو يبطل أجله بدون اذن شريكه الآخر ولكن يجوز له أن يؤجل نصيب نفسه لأن له الولاية على ماله - فان كان الدين واجبا بمباشرة أحد الشركاء فى شركة العنان وأجله المباشر كله أو بعضه صح تأجيله واذا أجله غيره أو أجل حصته فقط لا يصح - ولا يصح تأجيل دين القرض المشترك من المباشر لعقد القرض أو من غيره لأن عقد القرض نفسه غير لازم فكذلك الأجل فيه

والدين غير المشترك هو ما كان سبب ثبوته فى ذمة المدين مختلفا كأن يكون أحد الدينين بدل قرض . والآخر ثمن مبيع مشترك ولكن سمى كل واحد لنصيبه ثمنا حين العقد وحكمه أنه يجوز لكل واحد من الدائنين أن يستوفى دينه على حدته من المدين وما يأخذه يكون له خاصة ولا يشاركه فيه غيره من الدائنين الا اذا كان المدين محجوراً عليه بسبب الدين وأعطى من المال الذى تخصص بالحجز لأداء الديون فانه حينئذ يبطل تصرفه ويسترد المال ممن أخذوه اذا لم يجزه الدائنون (١)

(١) - أنواع الديون فى القانون

قسم القانون فى المادة (٥٥٤) أنواع الديون الى خمسة أنواع

الاول الديون العادية

الثانى الديون التى بها رهن عقارى

الثالث الديون التى تثبت لأصحابها حق الاختصاص بعقارات المدين كلها أو بعضها لاستيفاء ديونهم

الرابع الديون الممتازة التى لأصحابها بسبب ديونهم حق الأولوية فى استيفائها من ثمن منقولات أو عقارات معينة مما يملكه المدين

الخامس الديون التى لاصحابها حق صالح للاحتجاج به على بقية الدائنين فى حبس ماتحت أيديهم من ملك مدينهم الى حين استيفاء ديونهم مع مراعاة الاجراءات المقررة فى القانون مادة (٥٥٥)

وحكم النوع الاول أنه يجوز للدائنين استيفاء حقوقهم من جميع أموال مدينهم لأن القانون يقضى بأن أموال المدين بجملتها ضامنة لتعهداته مادة (١٤٤) ولا يجوز الطعن من الدائنين فى تصرف المدين فى أمواله بمقابل الا اذا كان التصرف حاصلا للاضرار بحقوقهم مادة (٥٥٦)

وقد أبان شارح القانون الطريق الوسط الذي اتخذه القانون لحفظ أموال الدائنين العاديين من جهة. ولجعل وسائل الاستيفاء غير معطلة للمعاملات ولا ضارة بانتفاع الملاك كما يشاؤن بما يملكون من جهة أخرى . وقد حصر هذه الحقوق فى نوعين «١» حقوق تمكن الدائنين من استيفاء أموال المدينين «٢» حقوق تجعل التنفيذ على تلك الاموال عند الحاجة مؤدياً للغرض المقصود منه وتنحصر التصرفات التى يجوز ابطالها فيما يأتى :

(١) العقود بأنواعها (٢) التنازل عن حق مكتسب (٣) الابراء من التعهد (٤) الصلح الحاصل أمام المحكمة بتواطؤ بين المدين والخصم الآخر (٥) ترك التمسك بمضى المدة الذى تم — ويشترط فيما يجوز ابطاله من المعاوضات أن يكون ضارا بالدائن وقت ارادة ابطال التصرف وأن يكون الضرر مقصودا (وفى هذا المقام تفصيل أوسع فليراجع)

وأما التبرعات فلا يشترط فى جواز ابطالها أن لا تكون مضرة بالدائنين سواء كان الضرر مقصودا أولا — ثم أبان بيانا شافياً : من له حق ابطال التصرفات وحكم ابطالها بالنسبة لمن أبطلها . ولمن تعامل مع المدين . ولباقى الدائنين فليراجعه من شاء =

= ثم أبان حقوق المدين التي يجوز للدائن استعمالها وهي (١) الاجراءات التي يحفظ بها مال المدين (٢) الدعاوى التي تفيد ذلك (٣) دعاوى التعويض عما تلف من ماله بعمل الغير (٤) الطعن في الأحكام بالطرق القانونية (٥) تقاضي الديون التي قبل الغير للمدين (٦) طلب الغاء العقود التي لم تنعقد أو لم تستوف شرائط صحتها — واشترط لجواز استعمال هذه الحقوق ثلاثة شروط :

«١» أن يكون الحق موجوداً «٢» أن يكون مالا «٣» أن يكون للدائن فائدة حاضرة من العمل وأما التي لايجوز استعمالها من الحقوق فهو غير ماذكر وذكر في نهاية هذه المباحث الهامة حكم استعمال حقوق المدين بالنسبة للمدعى عليه من حيث جواز دفع الدائن بما جاز له أن يدفع المدين . وبالنسبة للمدين من حيث عدم علاقته بسعي الدائن فربحه له وخسارته عليه . وبالنسبة لبقية الدائنين من حيث كونهم أجانب عن الدعوى ولهم اذا خسرت اقامتها باسمهم وهاك ملخص ما قاله في النوع الثاني وهو ما يجعل التنفيذ على أموال المدين وافياً بالغرض المقصود منه وذلك عبارة عن الاجراءات التحفظية الجائزة للدائنين ليصلوا بها الى استيفاء حقوقهم المضمونة بمجموع أموال المدينين وهذه الاجراءات هي :

«١» حق طلب تعيين القيم على المدين السفيه أو المعتوه

«٢» حق وضع الأختام على تركة المدين

«٣» حق التدخل في قسمة المال المشترك

«٥» حق طلب الحجز التحفظي على المفروشات ونحوها والمنقولات الموجودة بالمحال المؤجرة والثمار والمحصولات

ثم بعد ذلك اذا لم يدفع المدين جاز للدائن أن يعمد الى التنفيذ القهري بطلب بيع أمواله كلها أو بعضها جبرا عليه بالمزاد العام أمام المحكمة وأخذ حقه من ثمنها فاذا استوفى أحد الدائنين العاديين حقه بالطرق المشروعة فليس لغيره مزاحمته فيه وسيأتي بيان ذلك في وفاء الدين =

= حكم بقية أنواع الديون قانونا

حكم بقية الانواع أنها يقدم فيها الاقوى فالقوى فالضعيف . فأقوى الديون اذا اختلفت أنواعها هو الدين الممتاز امتيازا عاما وأنواعه :

«١» المصاريف القضائية

«٢» المبالغ المستحقة للحكومة من الضرائب والرسوم

«٣» الاجرة المستحقة للمستخدمين عن خدمة سنة سابقة وللكتبة والعملة عن عمل ستة أشهر مضت

«٤» دين من صرف شيئا لحفظ الشيء

«٥» دين صاحب حق الحبس . ويلى ماذكر :

«٦» الدائنون الممتازون امتيازا خاصاً والمرتهنون لهذه المبيعات بحسب تاريخ التسجيل للامتياز

«٧» الدائنون الذين لهم حق اختصاص على العقار بحسب تواريخ تسجيلاتهم مع اعتبار من سجلوا فى يوم واحد طبقة واحدة

وقد ذكر الشارح ترتيبا آخر للدائنين الممتازين اذا تزاحموا على ثمن المنقولات وأبان أنواع تلك المنقولات . والذين تزاحموا على ثمن الثمار والزرع وهذا الترتيب جدير بالاطلاع عليه ولولا زيادة التطويل لذكرتها تفصيلا — ولا امتياز لاحد من أرباب الديون العادية المتساوين فى الرتبة على الآخرين بل تقسم أموال المدينين بينهم بنسبة ديونهم كما لاتفاضل بين المرتهنين الا بأسبقية تاريخ سجل رهنهم

فان سجلت فى يوم واحد فلا فرق بينها ولا فرق بين الاختصاص والرهن الا بأسبقية التسجيل أيضا ولكن اذا سجل الرهن والاختصاص فى يوم واحد فالاولوية للرهن العقارى الا اذا كان الغرض من الرهن الاضرار بحقوق ذوى الاختصاص وثبت ذلك فيقدم صاحب الاختصاص على المقارات — وأما مايختص بهلاك الرهن أو بيعه أو التصرف فيه أو نحو ذلك فسيأتى الكلام عليه عقب كتاب الرهن وكذا مايختص بالدين المضمون (شرح القانون من صفحة ٣٥٦ — ٣٨١) وليس فى شيء مما ذكر مايصادر أحكام الشريعة الغراء

« وفاء الدين »

وفاء الدين اما أن يكون بأدائه نقداً أو بسقوطه عن المدين فان كان بأدائه نقداً فاما أن يكون المؤدى هو المدين أو غيره فان كان هو المدين فاما أن يكون محجورا عليه لدين أو لا وان كان غيره فاما أن يكون بأمر المدين أو بغير أمره وان كان بأمره فاما أن يكون المأمور صيرفياً أو شريكا للآمر أو خليطا له (أى بينهما أخذ وعطاء) أو كان غير هؤلاء . فان كان من غير هؤلاء فاما أن يشترط الرجوع على الآمر أو يكون الأمر مفيدا للرجوع أولا يشترط ذلك ولا يكون مفيدا له والآخذ للدين اما أن يكون محجورا عليه أو لا

وان كان قضاء الدين بسقوطه فاما أن يكون السقوط بالمقاصة أو الابراء أو باحالة الدين من ذمة المدين الى ذمة غيره أو بتجديد عقد الدين أو بفسخ العقد المترتب عليه الالتزام ـ فان كان المؤدى هو المدين ينظر فان كان غير محجور عليه لدين وأداه من ماله للدائن نفسه أو وكيله ان كان أهلا للقبول أو لوليه أو وصيه ان لم يكن أهلا له برئ من الدين سواء أداه بنفسه أم بواسطة شريكه أم أداه عنه كفيله ولا يشترط فى صحة البراءة أن يكون المدين تام الأهلية للتصرف بل يكفى أن يكون مميزا عاقلا سواء كان صغيرا أو معتوها ـ أما اذا أداه من غير ماله ثم استحق أو وجد ما أداه من ماله نقوداً زائفة أى غير رائجة لغلبة الغش فيها فردها الدائن على المدين يعود الدين بالحالة

التى كان عليها فاذا كان أصله مؤجلا وأداه المدين قبل حلول الأجل عاد بالاستحقاق والرد مؤجلا كما كان . كما لا تبرأ ذمته اذا دفع الدين الى الدائن المحجور عليه لصغر أو جنون أو سفه فهلك فى يده أو ضاع منه ولوليه أو وصيه مطالبة المدين به وأخذه منه . ويجبر الدائن على قبول الدين المؤجل اذا أراد المدين أداءه فورا ولكنه لا يجبر على قبول بعض دينه الحال وتأخير البعض الا اذا كان معسرا لا يملك مايوفى به كل دينه فانه يمهل الى الميسرة هذا اذا كان الدين متحد السبب فان كان عليه دينان ودفع أحدهما برىء منه وان اختلفا فى تعيين المدفوع وكان الدينان غير متساويين فى القوة بأن كان أحدهما مشمولا برهن أو كفالة دون الآخر أو كان أحدهما خاصا والآخر مشتركا أو غير ذلك من الاختلافات كان القول للمدين بيمينه فى تعيين نوع الدين الذى دفعه

وان كان المؤدى للدين هو غير المدين بلا أمره سقط الدين عن المدين سواء قبل أو لم يقبل ولا يرجع بما دفعه على المدين مطلقا لكونه متبرعا ولا على الدائن الا اذا كان قد أبرأ المدين بعد استيفاء دينه من المتبرع فان له الرجوع على الدائن بما أداه له

وان كان المؤدى للدين هو غير المدين ولكن أداه بأمره ينظر فان كان ما أداه عنه هو دين أو نفقة على عيال الآمر ومن تلزمه نفقتهم أو مغارم وجبت عليه أو عوائد أملاكه أو رسوم قضاياه المطلوبة منه أو كان كفيلا عنه بأمره أو كان قد أمره بشراء شىء له بماله أو ببناء دار بمصاريف من طرفه ففعل المأمور ذلك رجع على الآمر بما أداه فى

هذه الصور سواء اشترط الرجوع عليه أو لم يشترط وان كان ما أداه من غير الأنواع المذكورة بأن أمره أن يدفع عنه مبلغا معلوما لشخص معين ينظر فان كان المأمور صيرفياً أو شريكا للآمر أو خليطا له (أى بينهما معاملة) أو كان الآمر فى عيال المأمور كابنه أو خادمه أو بالعكس كأبيه فله الرجوع على الآمر ولو لم يشترط الرجوع عليه . وان لم يكن المأمور أحد هؤلاء فلا يرجع الا اذا صرح الآمر له بأن يدفع قضاء عنه . أو على أن مايدفعه يكون دينا عليه ، أوضامنا له أو اشترط الآمر الرجوع عليه بما يدفعه فان لم يشترط الرجوع ولم يصرح بشيء مما ذكر فليس له أن يرجع على الآمر وانما يكون له حق الرجوع على الآخذ واسترداد ما أخذه منه ان لم يكن الآمر مدينا للآخذ والا فلا رجوع له عليه أيضا . ومثل ما ذكر فى الحكم ما اذا أمر شخص غيره بأن يهب عنه مبلغا لشخص معين أو يقرضه له أو يحج عنه أو يؤدى زكاة ماله أو نحو ذلك من الواجبات الدينية أو الخيرية

والقاعدة العامة فى جميع ما ذكر أن كل موضع يملك المدفوع اليه المال مقابلا بملك مال يرجع المأمور بما أنفقه على الآمر ولو لم يشترط الرجوع عليه . وفى كل موضع لايملك المدفوع اليه المال مقابلا بملك مال له فلا يرجع المأمور بشيء الا اذا اشترط الرجوع

واذا كان المأمور قد أدى الدين عن الآمر وأداه الآمر أيضا عن نفسه فاذا أثبت المأمور بالبينة أو باقرار الآمر أنه أدى بعد الآمر وقبل أداء الآمر كان له حق الرجوع على الآخذ أو الآمر وان لم يثبت ذلك بما ذكر رجع على الآخذ فقط لا على الآمر ــ هذا كله اذا كان

الآخذ للدين غير محجور عليه لصغر أو جنون أو سفه فان كان كذلك فلا يصح دفع الدين اليه بل يدفع لمن له حق الولاية على أمواله كوليه أو وصيه ـ وسيأتى بيانهما فى الكلام على أهلية العاقدين فى كتاب العقود ـ واذا أدى الدين للمحجور عليه بسبب مما ذكر فهلك أو ضاع فى يده لايبرأ بل يكون للوصى أو الولى مطالبته به واستيفاؤه منه

واذا كان المكلف بايصال الدين هو رسول المدين فضاع منه أو هلك بدون تعديه قبل وصوله الى الطالب كان ضياعه وهلاكه من مال المدين واذا كان هو رسول الطالب وأخذ الدين من المدين بأمر مرسله فضاع أو هلك فهو على الطالب . ويبرأ المدين من الدين

ولو دفع انسان لآخر مالا ظانا أنه واجب عليه ثم ظهر أنه غير واجب فله الرجوع به على من أخذه منه لأنه لا عبرة بالظن البين خطؤه كما اذا دفع المشترى للشفيع مبلغا فى نظير اسقاط شفعته فان الشفعة تسقط ولا يستحق الشفيع شيئا بل يرد ما أخذه

واذا امتنع المدين عن أداء دينه لصاحبه وامتنع كفيله عن ذلك أيضا وظفر الدائن من مال أحدهما بجنس دينه وهو على صفته كان له أخذه ولو بدون رضا صاحبه سواء كان هو الأصيل أو الكفيل

« محل وفاء الدين »

ان كان الدين مما له حمل ومؤنة واشترط تسليمه فى مكان معين صح الشرط ووجب العمل به ـ وان لم يشترط ذلك سلم فى مكانه الذى كان فيه وقت العقد ـ وان لم يكن له حمل ومؤنة فلا يصح تعيين مكان التسليم ويجوز للدائن تسليمه فى غير المكان المعين ما دام مأمونا

وأما قضاء الدين بالمقاصة وغيرها من أسباب سقوطه عن المدين فسيأتى الكلام عليها فى المباحث الآتية «١»

«١» انقضاء التعهدات والالتزامات المترتب عليها الدين قانونا

تنقضى التعهدات المترتب عليها الدين بأحد الأسباب الآتية :

(١) الوفاء (٢) الابراء (٣) استبدال التعهد بغيره (٤) المقاصة (٥) اتحاد الذمة (٦) فسخ العقد (٧) مضى المدة

الوفاء

وفاء الدين قانونا مبين بالمواد (من ١٥٩ — ١٧٦) وينحصر فى بيان المؤدى والمؤدي اليه . ومكان الأداء . وزمانه . ومصاريفه . ومن له تعيين المدفوع اذا تعددت الديون

المؤدى

يجوز أن يكون المؤدى للدين هو المدين أوغيره ولو بدون رغبة الدائن سواء كان هذا الغير مأموراً بالدفع أو فضوليا وله أن يراجع بما دفعه على المدين ان لم يكن الغرض بالدفع الاضرار به (فى الشريعة يعتبر الفضولى متبرعا ولا رجوع له على المدين) . وتكون التأمينات التى كانت على الدين الأصلى تأمينا لمن دفع الدين فى أربعة أحوال (١) اذا قبل ذلك الدائن عند الأداء له (٢) اذا كان الدائن ملزما مع المدين بأداء الدين أو بوفائه عنه (٣) اذا كان لدافع دائنا ووفى لدائن آخر مقدم عليه بحق الامتياز أو الرهن العقارى أو أدى ثمن عقار اشتراه للدائنين المرتهنين لذلك العقار (٤) اذا صرح القانون بحلول من أدى الدين محل الدائن الأصلى — ويشترط فى المؤدى لصحة الاداء أن يكون أهلا للتصرف ومع ذلك لو أداه من ليس أهلا له ولم يعد عليه ضرر من دفعه برأ ويبرأ اذا كان الدين نقوداً أو منقولات وعرضها على الدائن عرضاً قانونياً ـ وبتسليم العقار =

المقاصة

المقاصة شرعا هى اسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه فى مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لهذا الغريم وهى نوع من الوفاء

= للحارس بحكم فى مواجهة الدائن (المواد من ١٥٩ — ١٦٦ و ١٧٥ و ١٧٦)

المؤدى اليه

يجب أن يكون المؤدى اليه هو الدائن أو وكيله ويشترط فى كل منهما أن يكون أهلا لقبول فان لم يكن أهلا له فالأداء لوليه أو وصيه (مادة ١٦٧ والجزء الأخير من مادة ١٦٥)

مكان الاداء وزمانه

يجب أن يكون الأداء على حسب الاتفاق ان وجد فيما يختص بالكيفية وبالزمان والمكان المعينين له ولا يجوز المدين دفع البعض ما دام الكل مستحق الدفع . ولكن يجوز فى ظروف مخصوصة أن يأذن القضاة بالتقسيط أو مد أجل الدفع الى ميعاد لائق ان لم يكن فى ذلك ضرر جسيم للدائن فان لم يوجد اتفاق فمكان الايفاء هو ما كان فيه الشىء وقت العقد ولكن اذا كان الدين نقوداً وأشياء معين نوعها فيعتبر أن الوفاء مشروط حصوله فى محل المدين

مصاريف الأداء . ومن له حق تعيين المؤدى

تلزم هذه المصاريف من التزم بها فان لم يوجد ملتزم فهى على المدين (مادة ١٧١)

واذا تعددت الديون لشخص واحد وأدى المدين أحدها كان له حق تعيين ما أداه وان لم يبين اعتبر المؤدى ما يكون فى أدائه فائدة للمدين

أنواعها وشروطها

المقاصة نوعان جبرية واختيارية فالجبرية تحصل بمجرد ثبوت الدينين سواء كان بعقد أو بغيره ويشترط لحصولها اتحاد الدينين جنسا ووصفا وحلولا وقوة وضعفا . والاختيارية تحصل بتراضي المتداينين ولا يشترط فيها شيء من ذلك ويترتب على ذلك أنه لو كان للمستودع دين على صاحب الوديعة من جنسها وكانت الوديعة في يده فلا تصير الوديعة قصاصا بالدين الا بالتراضي وان لم تكن الوديعة في يده أو لم يتراضيا لا يلتقيان قصاصا — والغصب كالوديعة في جميع ما ذكر — ولكن اذا أتلف الدائن مالا المدين أو كان عليه دين لكفيل المدين الذي كفل له فان كان ما أتلفه أو ما للكفيل عليه من جنس دينه سقط الدين قصاصا عن المدين أو الكفيل وان لم يكن كل منهما من جنس الدين فلا يلتقيان قصاصا الا بالتراضي [١]

---

(١) — المقاصة القانونية

المقاصة في القانون مبينة بالمواد من (١٩٢ — ٢٠١) وينحصر الكلام عليها في بيان أنواعها وشروطها وحكمها

فأنواعها اثنان حتمية وجائزة . فالأولى تحصل بمجرد العقد وبدون علم صاحبي الحقين متى استوفت شرائطها وتكون بالأقل من الدينين ، والثانية لا تحصل الا بالتراضي (مادتي ١٩٢ و ١٩٣)

وشروط المقاصة الحتمية تساوي الدينين من جميع الوجوه بأن يكونا خاليين من النزاع . ومستحق الطلب . وأن يكونا من النقود أو من المثليات المتحدة النوع والقيمة وأن يكونا واجبي الأداء في محل واحد (اعترض شارح القانون على الشرط =

= الأخير ورأى أنه غير لازم) فمتى توفرت هذه الشروط وقعت المقاصة حتما ولكن يستثنى من ذلك : (١) أن يكون أحد الدينين غير قابل للحجز (٢) أن يكون أحد الحقين وديعة (٣) أن يحجز على أحدهما قبل ثبوت الثانى فى الذمة (٤) أن يحصل تحويل الدين الى آخر برضا المدين وان اختل شرط من الشروط السابقة كانت المقاصة جائزة (المواد ١٩٤ و ١٩٥ و ١٩٧)

وحكمها أنها ليست قهرية ويترتب عليها : (١) سقوط الحقين بمقدار الأقل منهما (٢) سقوط التأمينات التى كانت على الديون الساقطة (٣) الرجوع على شريكه أو الكفيل المتضامن معه بمقدار ما أوفاه عنهم بالمقاصة كما لو كان الوفاء بالنقد (٤) اعتبار سقوط التأمينات والرهون والفوائد من وقت المقاصة (٥) تتبع قواعد خصم الوفاء نقداً فى الوفاء بطريق المقاصة فاذا تعددت الديون كان تعيين ماسقط بالمقاصة للمدين وان لم يعين كان الخصم من الدين الذى له أكبر فائدة من وفائه (الشرح صفحة ٢٠٤ و ٢٠٥) واذا تركها صاحبها فلا يعود تأثير الترك الا على الدائن والمدين فاذا دفع شخص دينه المقابل بدين له على دائنه بدون التفات الى المقاصة المستحقة له ثم طلب دينه جاز للكفلاء بهذا الدين وللشركاء المتضامنين فيه وللدائنين المتأخرين عن المطالب فى رتبة الرهن والامتياز ولمالك الشىء المرهون لمنفعة المدين أن يحتجوا عليه بالمقاصة التى لم يلتفت اليها الا اذا كان له عذر صحيح منعه وقت الوفاء عن العلم بدينه الذى كانت تمكن به المقاصة (مادة ١٩٨)

اتحاد الذمة قانونا

اتحاد الذمة هو أن يصير الشخص دائنا ومدينا فى آن واحد ويتصور ذلك فى حالة ما يكون الأب مثلا دائنا أو مدينا لابنه ثم مات هذا الأب ولا وارث له غير ابنه فان الابن يصير دائنا ومدينا ويسقط التعهد الذى كان عليه أو له . واذا حصل اتحاد الذمة فى شخص أحد المدينين المتضامنين لا ينقض التعهد بالنسبة للبقية الا بمقدار نصيب من اتحدت الذمة فى شخصه (مادتى ٢٠٢ و ٢٠٣) (وسيذكر اتحاد الذمة شرعا فى كتاب الكفالة)

الابراء

الابراء نوعان . ابراء اسقاط وابراء استيفاء

فابراء الاسقاط هو أن يبرئ الدائن مدينه من كل الدين أو بعضه الثابت له فى ذمته

وابراء الاستيفاء هو أن يقر باستيفاء دينه كله أو بعضه من مدينه وهذا النوع لايسمى ابراء الا اذا كان الاقرار مجازاً عن الاسقاط والا فهو اظهار لوفاء الدائن دينه من قبل

أقسامه

ينقسم الى ابراء خاص وابراء عام وكل منهما ينقسم الى متصل بصلح وغير متصل به فان كان الابراء خاصا بدين معين برئ منه المدين خاصة وان كان عاما بكل الديون والحقوق والدعاوى برئ من جميع ما كان سابقا منها عن الابراء سواء كان فى الحالتين متصلا بالصلح أو غير متصل به

ولا تتوقف صحة الابراء على قبول المدين بل يبرأ ولو سكت بدون قبول ولا رد ولكن اذا رده قبل القبول ارتد ويرجع عليه الدين بالحالة التى كان متصفا بها من قبل من حلول أو تأجيل أو تقسيط — أما اذا رده بعد القبول فلا يرتد لأن الابراء اسقاط والساقط لايعود

شروطه

يشترط لصحة الابراء أن يكون المبرئ بالغاً عاقلا أهلا للتبرع راضيا بالابراء فلو اختل شرط من هذه الشروط لايكون الابراء صحيحا ولا تبرأ ذمة المدين هذا كله اذا كان المبرئ صحيحا فان كان مريضا مرض الموت اعتبر ابراؤه وصية وأخذ أحكامها السابقة

تعليقه على الشرط واقترانه به

الابراء وان كان اسقاطا للحق الا أن فيه معنى التمليك وما كان كذلك من العقود والتصرفات لايصح تعليقه على الشرط سواء كان الشرط ملائما أو غير ملائم . ويترتب على ذلك أن الدائن لو علق ابراء مدينه عن بعض الدين على أداء البعض الآخر فلا يبرأ وان أداه (تأمل)

وأما اقترانه بالشرط فينظر فيه : فان كان الشرط صحيحا وهو ما كان ملائما للابراء صح ووجب العمل به وذلك كما اذا اشترط فى ابراء مدينه عن بعض الدين أن يؤدى المدين الباقى فى وقت معين وصرح بأنه ان لم يؤده فى هذا الوقت يرجع الدين كما كان بتمامه صح ذلك كله فان أدى الدين فى الوقت المعين برئ وان لم يؤده لايبرأ من شئ ويبقى عليه كل الدين ـ وان كان الشرط فاسدا بأن لم يعين وقت الأداء تعيينا تاما فى الصورة السابقة فان الشرط يلغو ويصح الابراء ويترتب على ذلك أنه اذا قبل المدين الابراء فى البعض بالشرط المذكور برئ منه سوء أدى الباقى أم لا . وبالأولى يلغو ويصح الابراء اذا كان الشرط باطلا

وكما لا يصح الابراء للمدين يصح للكفيل سواء كان واحداً أو متعدداً وسواء كان المتعددون متضامنين أو لا وسيأتى الكلام على ذلك كله مفصلا فى الكلام على الكفالة (١)

تجديد الدين

تجديد الدين عبارة عن تراضى المتعاقدين على فسخ العقد المترتب عليه الالتزام بالدين واستبداله بعقد آخر يترتب عليه الالتزام بالدين من جديد وبذلك يسقط الدين الأول ويتجدد بدله بالعقد الثانى وينبنى على ذلك أنه لو كان الدين الأول مشمولا بكفالة فانها تبطل بتجديده ويبرأ الكفيل ولا يطالب بما وجب بالعقد الجديد الا اذا كفل به ثانياً ولذلك يسقط حق الدين فى حبس الرهن الذى كان بالدين القديم ما لم يجعل رهنا بالجديد أيضا وتجديد الدين يكون بتراضى المتعاقدين على ما ذكر وبتغيير السبب الأصلى بسبب آخر كأن يكون فى الأصل ثمن مبيع معين ثم يفسخ العقد ويجعل ثمن مبيع آخر أو أجرة شىء من أموال المدين أو نحو ذلك (١)

---

(١) الابراء من الدين قانونا مبين بالمواد (من ١٨٠ الى ١٨٥) وشروط صحته كشروط صحة الابراء شرعا وأحكامه كلها خاصة بالدين المضمون سواء كانت البراءة للأصيل أو للمدين وستأتى مفصلة عقب كتاب الكفالة

(٢) تجديد الدين قانونا

هذا المبحث مبين فى القانون بالمواد (من ١٨٦ — ١٩١) تحت عنوان (الفصل الرابع — فى استبدال الدين بغيره) وهو موافق لنصوص الشريعة الغراء =

فسخ العقد المترتب عليه الالتزام

اذا انفسح العقد المترتب عليه الالتزام بالدين سقط الدين عن المدين . وانفساخه يكون : برد المعقود عليه بخيار رؤية أو عيب . أو بهلاكه فى يد صاحبه . أو هلاك العين المنتفع بها فى عقد الاجارة قبل استيفاء المنفعة كلها فان كان قد استوفى بعضها وجب عليه ما يقابل ما استوفاه من المنفعة وان كان قد دفع شيئاً من الثمن أو الأجرة فى جميع الصور المتقدمة جاز له استرداده (١)

= فيما يختص بسقوط الدين الأول والكفالة والرهن به وغير ذلك من التأمينات

ويحصل استبدال الدين قانونا بما يأتى : (١) بالاتفاق على الاستبدال أو بتغيير السبب (٢) بتحويل المدين دائنه على شخص ملتزم بدفع الدين عنه . أو قبول شخص دفع الدين وبراءة المدين اذا رضى الدائن بذلك ولو لم يرض المدين (٣) اتفاق الدائن والمدين على دفع الدين لشخص آخر وارتضي الشخص المذكور ذلك وجاء بالمادة (١٩١) أن نقل التأمينات المذكورة بالمادة السابقة وهى التأمينات الشخصية كالكفالة والتضامن لاينفذ على غير المتعاقدين الا اذا كان حاصلا مع الاستبدال فى آن واحد بونيقة رسمية وليس فى ذلك كله مايخالف أحكام الشريعة الغراء غير أن القيود التي فى نقل التأمينات الشخصية الى الدين الجديد غير ملحوظة عند الفقهاء

(١) فسخ العقد المترتب عليه الالتزام قانونا

هذا المبحث مبين بالمواد (١٧٧ و ١٧٨ و ١٧٩) تحت عنوان (فسخ العقود والتعهدات) وملخصها أن حقوق التعهدات تنفسخ اذا صار الوفاء بالتعهدات غير ممكن ومتي انفسخت تزول التعهدات واذا كان عدم امكان الوفاء ناشئا =

حكم مرور الزمان

حكم مرور الزمان على الدين فى الشريعة والقانون سبق بيانه فى مبحث (عدم سماع الدعاوى بمرور الزمان)

كتاب العقود

(والتصرفات على العموم)

يشمل الكلام على العقود ما يأتى ـ تعريف العقد . وأركانه . وشرائطه. وأحكامه . وأنواعه . وما يصح اقترانه بالشرط وتعليقه على الشرط وما لايصح . وما يصح اضافته الى الزمن المستقبل وما لايصح . وأنواع الخيارات . وكل واحد من هذه الأقسام يشتمل على مباحث خاصة به سيأتى بيانها والغرض من هذا الكتاب التوطئة والتمهيد لذكر العقود المعينة حتى لايفاجأ الفكر بما لم يكن معهوداً لديه من قبل فينفر من تناوله ولا يمكن حمله على قبوله الا بشق الأنفس وقد أرشدنا الله الى سلوك سبيل التدرج فى توجيه النفوس الى قبول الاحكام بما جاء فى كثير من المواضيع التشريعية كتحريم الخمر والربا فان كلا منهما حرم

= طلب الوفاء منه رسميا الزم بالتضمينات ويترتب على انفساخ العقود بماذكر انفساخ كافة التعهدات المتعلقة به بدون اخلال بما يلزم من التضمينات لمستحقيها فى نظير ماحصل عليه غيرهم من المنفعة بغير حق

تدريجياً لتتهيأ النفوس لقبول الأحكام النهائية بتحريم كل منهما بدون كبير عناء

« تعريف العقد »

العقد معناه لغة الربط ضد الحل ويطلق على العهد والميثاق وكل ما يفيد الالتزام بشيء عملا كان أو تركا : وهو اما أن يكون مشروعا أو غير مشروع . فان كان مشروعا وجب الوفاء به بذلك أمر الله ورسله وأولو الأمر فقد قال تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وقال جل وعلا « وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسئولا » وقال أيضا « وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا » وقال في مقام التعليم والارشاد « الا الذين عاهدتم من المشركين ثم لم ينقصوكم شيئا ولم يظاهروا عليكم أحداً فأتموا اليهم عهدهم الى مدتهم ان الله يحب المتقين »

وقال عليه الصلاة والسلام « لا أمان لمن لا أمانة له ولا دين لمن لا عهد له » (١)

---

(١) جاء في شرح القانون المدني صفحة ١٢٥

التعهد أو الالتزام واجب يفرض على الانسان لغيره

والاصل فى الواجب أن يقوم به المرء لمن وجب له من تلقاء نفسه أى من دون أن يكرهه مكره على الوفاء به الا ما كان من وجدانه

والواجب بهذا المعنى من موضوعات علم الاخلاق

وما دام الوجدان نقيا والذمة طاهرة فالوفاء بالعهد مرعى الا أن مقتضيات المدنية نوعت في الواجبات الى ان قال — واضطر الوازع الى حماية الناس في =

ومعنى العقد شرعا ارتباط القبول بالايجاب ارتباطا يظهر أثره فى المعقود عليه فالايجاب هو ماصدر أولا من كلام أحد المتعاقدين والقبول ماصدر ثانياً من كلام الآخر - ومعنى الايجاب الاثبات أى أن الأول يريد اثبات العقد بانضمام قول الثانى اليه - ومعنى القبول الرغبة والرضا بما قاله الأول وبه يتم العقد - ومجموع الايجاب والقبول يسمى صيغة العقد

ومعنى ظهور أثر العقد فى المعقود عليه عقب ارتباط القبول بالايجاب أن المعقود عليه يخرج عن حالته الأولى الى حالة جديدة فان كان بيعا خرج المبيع من ملك البائع الى ملك المشترى وخرج الثمن من ملك المشترى الى ملك البائع وان كان اجارة ملك صاحب العين الأجرة فى مقابلة المنفعة التى وجبت للمستأجر وهكذا (١)

«أركان العقد»

أركان كل عقد مالا يتحقق الا بها فان لم يوجد ركن منها فلا عقد وكل عقد لا يتحقق الا بتوفر ثلاثة أشياء وهي

= معاملاتهم حتي تستقيم أمور الجمعية البشرية ويأمن كل واحد جانب الآخر مطمئنا الى هذا الضمان القوى

(١) معنى العقد قانونا

العقد اتفاق شخص أو أكثر على التعهد بتحصيل منفعة شرعية للمتعهد له (شرح القانون صفحة ١٢٧) والتعهد هو ارتباط قانونى الغرض منه حصول منفعة لشخص بالتزام المتعهد عمل شيء معين أو بامتناعه عنه (مادة ٩٠) (وهو موافق للمعنى الشرعى)

أولا ـ العاقدان حتى يوجد الايجاب والقبول

ثانيا ـ محل يرد عليه العقد وهو المعقود عليه لأنه هو الملتزم به ولا يوجد التزام بدونه

ثالثا ـ الصيغة الدالة على العقد لأنه لايوجد المدلول الا اذا وجد مايدل عليه

وقد اصطلح علماء الحنفية على جعل أركان كل عقد اثنان وهما الايجاب والقبول فقط لأن وجودهما يستلزم وجود غيرهما مما لايتحقق العقد الا به [1]

« التصرف »

التصرف أعم من العقد فهو يشمل العقد وغيره فيدخل فيه من التعهدات والالتزامات والاسقاطات ماينفذ على الصادر منه بدون احتياج الى قبول أحد كالوقف والطلاق والابراء ورد المبيع بخيار شرط أو رؤية أو عيب أو ما أشبه ذلك

---

(١) أركان العقد قانونا

أركان العقد أربعة (١) أهلية المتعهد (٢) رضا المتعهد (٣) محل يقوم عليه التعهد (٤) سبب شرعى للاتفاق

ومن العقود مايحتاج الى ركن خامس حتى ينعقد وهما الهبة والرهن العقارى فانهما يجب فيهما أن تثبت هذه الأركان الأربعة فى محرر رسمى (شرح القانون صفحة ١٧٧ ـ ١٧٨) وسيأتى تفصيل كل ركن من هذه الأركان قريبا (الشريعة الغراء تعتبر هذه الأركان ما عدا الثالث منها شروطا لا أركانا غير أن منها ماهو شرط انعقاد ومنها ماهو شرط صحة)

« شروط العقود على العموم »

شروط العقود على العموم أربعة وهى

أولا — أهلية العاقدين

ثانيا — كون محل العقد أى المعقود عليه قابلا لحكم العقد وأثره المترتب عليه

ثالثا — كون العقد مفيداً

رابعا — كون فائدة العقد مقصودة شرعاً

فكل عقد توفرت فيه هذه الشروط صح والا فلا ولكل من هذه الشروط تفصيل وبيان يعلم مما يأتى

(١) « أهلية العاقدين »

الأهلية وصف يقوم بالشخص فيجعله قابلا لأن يكون له حقوق وعليه واجبات وهى قسمان . أهلية وجوب . وأهلية أداء .

فأهلية الوجوب يتصف بها كل انسان ولو جنينا بشرط أن يولد حيا وأهلية الأداء لايتصف بها الا من له حق التصرف وهذا القسم هو المقصود هنا فكل ماسيأتى من أقسام الأهلية وتصرفات المتصفين بها تامة أو ناقصة والمجردين عنها انما هو فى أهلية الاداء — وهذا المبحث من أهم مباحث قسم المعاملات لأنه الكفيل ببيان من تصح معاملاتهم

ومن لاتصح فعلى من يعنى بدراسة أحكام المعاملات أن يتوسع فى معرفته ولا يقتصر على ماسيذكر فى هذا المختصر - وليس على من يريد الاطلاع الا مراجعة جدول المراجع فى نهاية هذا الكتاب ايعرف ما يراجع فيه

وتختلف هذه الأهلية باختلاف العقود والتصرفات التى يباشرها الانسان وذلك أن من يكون أهلا لمباشرة عقود المعاوضات قد لا يكون أهلا لمباشرة عقود التبرعات ومن يكون أهلا للأخذ والتملك قد لايكون أهلا للاعطاء والتمليك .

ويمكن تقسيم الناس بالنسبة لأهليتهم للعقود والتصرفات وعدمها الى ثلاثة أقسام :

الاول — تام الأهلية

الثانى — فاقد الأهلية

الثالث — ناقص الاهلية

وكل من هؤلاء اما أن يباشر العقود والتصرفات بنفسه لنفسه واما أن يباشرها لغيره

« أهلية العاقد بنفسه لنفسه »

العاقد بنفسه لنفسه اما أن يكون تام الأهلية أوفاقدها أو ناقصها فتام الأهلية هو الحر البالغ العاقل المطلق التصرف فى أمواله وحكم عقوده وتصرفاته أنها تكون صحيحة نافذة متى استوفت شرائطها مهما كان نوعها وجميع العقود والتصرفات التى من شأنها أن تضر بأصحابها كالهبة والوصية والصدقة والوقف والكفالة بالنسبة للكفيل والحوالة

بالنسبة للمحال عليه لايصح الامن تام الأهلية الا الوصية بالنسبة للسفيه وسيأتى بيان ذلك فى تصرفات السفيه

وفاقد الأهلية نوعان : الأول الصبي غير المميز وهو من لم يبلغ سبع سنين من عمره سواء كان ابنا أم بنتا لأنه فى هذه السن لايعقل معنى العقد ولا يقصده عادة . الثانى المجنون وهو من زال عقله ولو كان بالغا وحكم عقود وتصرفات كل منهما أنها باطلة مهما كان نوعها . هذا اذا عقد المجنون أو تصرف حال جنونه فان كان يجن تارة ويفيق أخرى ينظر : فان كانت افاقته تامة ولها وقت معلوم صحت عقوده وتصرفاته فيها وان لم يكن لها وقت معلوم تكون موقوفة الى أن يعلم حاله فان كان تام الافاقة صحت والا بطلت . والذى يباشر لهما العقود والتصرفات ويدير شئونهما هو الولى أو الوصى الآتى بيان تصرف كل منهما

وناقص الأهلية : هو الصبي المميز والمعتوه . ومن يلحق بهما فى عدم اطلاق التصرف وهم : ذو الغفلة . والسفيه . والمدين فانه كما يصح الحجر على الاولين يصح الحجر على هؤلاء ولكن الفريق الأول متفق على الحجر عليه والفريق الثانى مختلف فى صحة الحجر عليه وسيأتى بيان ذلك

«معنى الحجر»

الحجر معناه لغة مطلق المنع . ومعناه شرعا منع شخص مخصوص من تصرفه القولى لأن التصرفات القولية هى التى يمكن رفعها بابطالها بعد حصولها وأما التصرفات الفعلية فلا يتصور الحجر عليه فيها لأنها لاترتفع بعد وقوعها

وسبب الحجر على الصبي والمعتوه وذي الغفلة والسفيه مراعاة مصلحة كل منهم بالمحافظة على أمواله والنظر في شئونه بما يعود عليه بالفائدة وسعادة الحال والمآل وسبب الحجر على المدين مراعاة مصلحة غيره وهم الدائنون واذا تصرف واحد من المحجور عليهم في شيء من أمواله فحكم تصرفه يختلف باختلاف المتصرف وباختلاف العقد أو التصرف الذي باشره واليك بيان حكم عقود وتصرفات كل واحد منهم باختصار

«عقود الصبي المميز وتصرفاته»

الصبي المميز هو من تجاوز سبع سنين الى حين البلوغ وكان يعرف معنى العقد ويقصده ويميز بين الغبن اليسير والفاحش ويعلم أن البيع سالب للمبيع جالب للثمن وأن الشراء بعكس ذلك. فان كان في هذه السن ولكنه لا يعرف ذلك كان عديم الأهلية فلا يصح تصرفه أصلا

وحكم عقود وتصرفات الصبي المميز يختلف باختلاف حاله وباختلاف هذه العقود والتصرفات وذلك أنه اما أن يكون محجورا عليه واما أن يكون مأذونا له في التجارة وعلى كل فاما أن يكون ما باشره من العقود والتصرفات نافعا له نفعا محضا أو ضارا به ضررا محضا أو دائرا بين النفع والضرر

فان كان ما باشره نافعا له نفعا محضا كقبوله الهبة والوصية والانتفاع بالعارية صح سواء أكان محجورا عليه أم مأذونا له في الاتجار وسواء أجازها وليه أو وصيه أم لا لأن الولاية والوصاية لمنفعة الصغير ولا منفعة له في ابطال تلك العقود والتصرفات بل فيه ضرر عليه

وان كان ضاراً به ضرراً محضاً كأن يهب أو يوصى بشىء من ماله لغيره وأن يقبل الحوالة عليه والكفالة عن غيره وكطلاقه وابرائه ونحو ذلك بطل سواء كان مأذونا له فى التجارة أو محجورا عليه ولو أجازه وليه أو وصيه

وان كانت دائرة بين النفع والضرر كعقود المعاوضات وهى البيع والشراء والاجارة والاستئجار والمزارعة والمساقاة والشركة والصلح والزواج ينظر : فان كان محجورا عليه كانت هذه العقود كلها موقوفة [1] على اجازة وليه أو وصيه فان أجازها نفذت والا بطلت لأن عقل الصبي ناقص فجعل الرأى النهائى لمن ينظر فى مصالحه حفظا لماله من الضياع

ويشترط فى الاجازة [2] أن تكون معتبرة شرعاً بأن يكون التصرف خالياً من الغبن الفاحش . وأن يكون كل من المتعاقدين موجودا وأهلا للتصرف . وأن يكون المبيع قائما وكذلك الثمن ان كان معينا وقت العقد

واذا بقيت هذه العقود بلا اجازة ولا فسخ الى حين البلوغ بأن لم يكن للصبي ولى ولا وصى أو له وأهمل كان له أن يجيزها أو يبطلها بعده

(١) العقود الموقوفة هى التى لا يعلم ان كانت نافذة أو باطلة الا ممن له الرأى النهائى فيها وهو المالك أو الولى أو الوصى

(٢) الاجازة هي الرخصة فى الفعل بعد حصوله

وان كان الصبي مأذونا له فى التجارة جاز له أن يباشر بنفسه ما من شأنه أن يباشره التجار أو يوكل عنه غيره فى مباشرته وبهذا الاذن [١] تقع عقوده وتصرفاته التجارية نافذة باتفاق ان كانت بمثل القيمة أو بالغبن اليسير فان كانت بغبن فاحش فقال الامام تنفذ أيضا لأن الاذن يرفع الحجر عن جميع التصرفات التجارية وقال الصاحبان تبطل لان هذا الغبن يعتبر تبرعا وهو ليس من أهل التبرعات وهذا هو الاوفق

وعلى هذا تنفذ تصرفاته بالبيع والشراء والاجارة والاستئجار والمزارعة والمساقاة والرهن والارتهان والمحاباة بما لم يصل الى حد الغبن الفاحش على رأى الصاحبين والحط من الثمن بسبب ظهور عيب قديم فى المبيع يقتضى رده بقدر مايحط التجار وتأجيل الثمن الى أجل متعارف والاقرار بديون التجارة فان كان بغيرها فقال الامام لايصح وقال الصاحبان يصح والاول أوفق . واسقاط شيء من دين له على غيره ان كان لايمكنه اثباته بحال من الاحوال والا فلا يصح

ولا ينفذ من تصرفاته وعقوده ما كان غير متعلق بالتجارة

« عقود المعتوه وتصرفاته »

العته نقصان فى العقل من غير جنون . والمعتوه من كان بطيء الفهم مختلط الكلام سيء التدبير ولو كان كبيرا . وحكم تصرفاته كحكم تصرفات الصبي المميز ان عرف ماعرفه فان لم يعرفه التحق بعديم الاهلية

« عقود ذى الغفلة وتصرفاته »

ذو الغفلة هو الذى لايهتدى الى التصرفات الرابحة فيغبن فى

---

(١) الاذن هو الرخصة في الفعل قبل حصوله

المعاملات لسلامة نيته فهو ليس بمتلف أمواله ولا بقاصد تبديدها فى غير ما يقتضيه الشرع أو العقل كالسفيه . وحكم عقوده وتصرفاته مختلف فيه بين الامام وصاحبيه فالامام أبو حنيفة يرى نفاذ جميع عقود وتصرفات ذى الغفلة مهما كان نوعها لأنه لايرى الحجر عليه وأما الصاحبان فيقولان بالحجر عليه وعلى قولهما تنفذ تصرفاته النافعة فقط وتبطل الضارة به وتتوقف على الاجازة تصرفاته وعقوده الدائرة بين النفع والضرر والذى يباشر عنه العقود والتصرفات هو القاضى أو نائبه لانه لاولاية لغيرهما على أمواله

« عقود السفيه وتصرفاته »

السفه لغة الطيش وخفة العقل وشرعا اضاعة المال وتبديده فى غير ما يقتضيه الشرع أو العقل . والسفيه هو من يصرف أمواله فيما لا مصلحة له فيه ولا غرض صحيح ولوكان فى سبيل الخير كبناء المساجد والملاجىء والمستشفيات وأصل المسامحات فى التصرفات والبر والاحسان مشروع فى جميع الأديان الا أن الاسراف فى كل شىء حرام حتى فى مياه البحر والدليل على حرمته قوله تعالى « ولا تبذر تبذيرا ان المبذرين كانوا اخوان الشياطين » وقوله جل شأنه « ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولاتبسطها كل البسط فتقعد ملوما محسورا »

وحكم عقود وتصرفات السفيه تختلف باختلاف جواز الحجر عليه وعدم جوازه وباختلاف هذه العقود والتصرفات ـ وذلك أن الصاحبين والأئمة الثلاثة يقولون بصحة الحجر عليه والامام أبا حنيفة يقول بعدم صحة الحجر عليه

واستدل من أجاز الحجر بأدلة نقلية وعقلية فالنقلية قوله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياماً » أى لا تمكنوهم من الاموال التى لهم تحت يدكم بصفتكم أولياء أمورهم وهذا هو الحجر بعينه وقوله تعالى « فان كان الذى عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لايستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل » فان هذه الآية تدل على أن للسفيه ولياً والولى لايكون الا لمحجور عليه ـ والعقلية هى أن الصبي المميز انما حجر عليه لتوهم اضاعته لأمواله وهو متفق على جواز الحجر عليه فالسفيه المتحقق فيه اضاعته لأمواله بالصفة التى سبقت أولى بالحجر عليه حرصا على ماله حتى لايصبح عالة يتكفف الناس ويمتص من دمائهم بعد أن كان من ذوى اليسار والغنى . وحتى لايكون قدوة سيئة للمجتمع الانسانى فى تصرفاته

واستدل الامام أبو حنيفة بأن الحجر على السفيه يوجب اهدار آدميته ويلحقه بالبهائم فيتضرر بذلك أشد من تضرره بضياع ماله والقاعدة أنه اذا اجتمع ضرران ارتكب الأخف منهما . والآيتان السابقتان لايصلحان دليلا على الحجر عليه لانه قديكون المراد بالسفيه فى الآيتين الصغير والمجنون كما يؤخذ من معنى السفه اللغوى وهو الخفة وطيش العقل وذلك كما يكون بنقصانه كالصبي المميز والمعتوه يكون بانعدامه كالمجنون والصبي الذى لايعقل ومن المقرر شرعا أن الدليل اذا تطرق اليه الاحتمال سقط به الاستدلال

ورأى الصاحبين والأئمة الثلاثة هو المفتى به

« ابتداء الحجر على السفيه وانتهاؤه »

بعد أن اتفق الصاحبان على جواز الحجر على السفيه اختلفا فى ابتداء الحجر وانتهائه فقال محمد يبتدئ الحجر عليه من وقت ظهور السفه ويفك الحجر عنه وقت ظهور الرشد وقال أبو يوسف يبتدئ من وقت حكم القاضى بالسفه وينتهى بالحكم بالرشد ويترتب على رأى محمد أن عقوده وتصرفاته التى يباشرها فى المدة التى بين ظهور السفه والحكم به تأخذ الأحكام التى لعقود وتصرفات المحجور عليه الآتية . وعلى رأى أبى يوسف تأخذ الأحكام التى لعقود وتصرفات تام الاهلية وأن عقوده وتصرفاته التى يباشرها فى المدة التى بين ظهور الرشد والحكم بالرشد على رأى محمد تأخذ أحكام عقود وتصرفات تام الاهلية وعلى رأى أبى يوسف تأخذ أحكام عقود وتصرفات المحجور عليه

واستدل محمد على رأيه بأن السفه هو سبب الحجر فيتبعه وجودا وعدما وبأن السفيه اذا علم بطلب الحجر عليه ربما بذد أمواله وأضاعها انتقاما من طالب الحجر عليه قبل الحكم به فتفوت حكمة الحجر .

واستدل أبو يوسف على رأيه بأن فى ابطال تصرفات السفيه التى صدرت منه قبل الحكم بالسفه ضررا كبيرا بالمعاملات وفسادا عظيما فى نظام الهيئة الاجتماعية لأن المتعاقدين معه قبل الحجر عليه قد عاملوه بسلامة نية وحسن قصد فابطال تصرفاتهم بعد حصولها بهذه الصفة وتصرفهم فيما أخذوه خطر كبير على التجارة ـ وكلا الرأيين ظاهر الحكمة. فيرجح القاضى مايرى فيه المصلحة

« حكم عقود السفيه وتصرفاته أثناء الحجر عليه »

عقود وتصرفات السفيه المحجور عليه يختلف حكمها باختلاف نوعها وذلك أن العقود والتصرفات منها مايحتمل الفسخ ويبطله الهزل ومنها ماليس كذلك

ومعنى كونها تحتمل الفسخ أنه يمكن فسخها برضا العاقدين بعد تمامها ان كانت من العقود اللازمة ويستقل كل منهما بفسخها بدون رضا الآخر ان كانت غير لازمة من جهته وسيأتى بيان كل منها قريبا. ومعنى الهزل لغة اللعب. واصطلاحا ان لايراد بالعقد ماتدل عليه الصيغة لاحقيقة ولامجازا. والهازل يتكلم بصيغة العقد باختياره ورضاه ولكن لايختار ثبوت الحكم ولايرضاه. ويشترط لتحقق الهزل واعتباره فى التصرفات أن يكون صريحا باللسان كأن يقول انى أعقد هذا العقد هازلا فلا يكتفى فيه بدلالة الحال. الا أنه لايشترط ذكر الهزل فى العقد فيكفى أن تكون المواضعة سابقة على العقد فان تواضع المتعاقدان على الهزل أى توافقا على أن يتكلما بلفظ العقد عند الناس ولا يريد انه واتفقا على أنهما لم يرفعا الهزل ولم يرجعا عنه فالعقد باطل على أصح الاقوال لعدم القصد فصار كعقد الصبى الذى لايعقل والمجنون فلا يملك بالقبض ولايترتب عليه حكم أصلا

ومثال مايحتمل الفسخ ويبطله الهزل: البيع. والاجارة. والمزارعة والمساقاة. والصلح عن مال بمال. والهبة. والوصية. والشركة. والقرض والكفالة والحوالة والرهن. ومثال مالايحتمل الفسخ ولا يبطله الهزل:

الزواج . والطلاق . والعتاق . والصلح عن القصاص فى القتل العمد على مال .

وحكم تصرفات السفيه فى النوع الاول أنها كتصرفات الصبى المميز المحجور عليه أى أنها تقع باطلة اذا كانت ضارة به ضررا محضاً ويستثنى من ذلك صحة وصاياه بكل ماله فى سبل الخير ان لم يكن له وارث أو كان له وارث وأجازها فان لم يجزها صحت فى الثلث وبطلت فيما زاد عليه وكان القياس عدم جواز وصيته مطلقاً لانها من باب التبرعات وهو ليس من أهلها وانما جازت استحسانا لان الغرض من الحجر عليه حفظ ماله حال حياته حتى لايكون عالة على غيره والوصية لاتنفذ الا بعد الموت فجازت استحسانا لما يترتب على تنفيذها من الثواب الدائم له مع عدم فوات حكمة الحجر عليه . وسبل الخير كل ما يوصل الى رضاء الله كالوصية للمساكين أو بناء المساجد أوالمدارس أو الملاجئ أو المستشفيات أو القناطر أو الجسور وأما اذا أوصى لغير البر والخيرات فلاتنفذ وصيته . وتقع تصرفاته نافذة ان كانت نافعة له نفعا محضا ولو لم يجزها وليه ـ وتقع موقوفة على الاجازة ان كانت دائرة بين النفع والضرر

ولكن السفيه يخالف الصبى المميز فى أشياء منها وجوب النفقة من ماله على من تلزمه نفقتهم من الزوجة والأقارب لأن النفقة من الحقوق الثابتة والسفه لا يبطلها . ومنها أنه يجب عليه أداء جميع العبادات كالصلاة والزكاة والصوم وصدقة الفطر التى مقدارها نصف صاع من غالب طعامه ويدفعها هي والزكاة اليه القاضي ليفرقها هو لانها من

العبادات المحتاجة الى النية ممن وجبت عليه ولكن يرسل معه أمينا حتى لايصرفها فى غير مصرفها وصدقة الفطر واجبة على الصغير أيضا ولكن المكلف باخراجها عنه وليه أو وصيه والسفيه هو المكلف باخراجها بنفسه ومن هذا الوجه خالف الصغير

ومنها صحة اقراره بالعقوبات فيؤاخذ عليه وأما اقراره بالاموال فلا ينفذ عليه لا وقت الحجر ولا بعده ولا فى الاموال الحالية ولا الحادثة . ومنها زوال ولاية أبيه وجده فلا يملك أحد منهما التصرف فى ماله اذ الذى له الولاية على أموال السفيه هو القاضى أو نائبه فقط

وحكم تصرفاته فى النوع الثانى وهو الذى لايحتمل الفسخ ولا يبطله الهزل أنه ينفذ عليه سواء كان نافعا له نفعا محضا أو ضاراً به ضرراً محضا أو دائرا بين النفع والضرر . ومن ذلك يعلم أنه لايحجر على السفيه باتفاق فى هذه العقود والتصرفات كما لايحجر عليه فيما ذكر من التصرفات التى يخالف فيها الصبى المميز

والذى له حق طلب الحجر على السفيه هو كل من يهمه أمره أو من يعود عليه ضرر من افلاسه وهم أقاربه بترتيب درجات الارث أو الدائنين له

« عقود المدين وتصرفاته »

كما أن الامام أبا حنيفة لايرى الحجر على ذى الغفلة والسفيه لايرى أيضا الحجر على المدين بل يقول ان القاضى يعزره حتى يؤدى دينه بأي وسيلة كانت والصاحبان يقولان بصحة الحجر عليه كما قالا بصحته

على المذكورين وعليه الفتوى وحكم عقوده وتصرفاته بعد الحجر عليه أنها اذا كانت فى الاموال المحجور عليها لأداء الدين من ثمنها تكون موقوفة على اجازة الدائنين فان أجازوها نفذت وان لم يجيزوها بطلت .

والذي له حق الحجر على المدين هم الدائنون فمتى طلبوه أجيبوا اليه ويتبع فى بيع أمواله لأداء الديون ما ذكر فى مبحث نزع الملك (١)

---

(١) أهلية العاقدين قانونا

تكفلت المواد من (١٢٨ ـ ١٣٦) من القانون المدنى ببيان أهلية العاقدين وعوارض الأهلية فالمادة (١٢٨) توجب اتصاف المتعهد بتمام الأهلية والرضا ليكون عقده صحيحا وقد بني على هذه المادة المبادىء القانونية الآتية : « ١ » بناء على تحديد سن الثامنة عشرة لبلوغ الرشد بالأمر العالى الصادر فى ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ لا يمكن لأى سبب كان أن يخرج قاصر من الوصاية قبل بلوغ هذا السن (المجموعة الرسمية سنة ٤ صفحة ١٦٣) «٢» الاصل فى الشخص البالغ من العمر ثمانى عشرة سنة الرشد وفقد الأهلية عارض عليه ولذلك تعتبر العقود الصادرة من البالغ رشيداً صحيحة نافذة الا اذا أثبت مدعى الخلاف طروء فقد الأهلية على ذلك المتعاقد قبل العقد (الحقوق سنة ٦ صفحة ١٩١) «٣» الأصل فى الانسان الرشد ولا حاجة لتأييده بحكم شرعى فعلى من يدعى عدم الرشد اثبات دعواه (الحقوق سنة ٧ صفحة ٢٢٥) «٤» اذا وضع مشتر عقاراً من عديم الاهلية يده عليه مدة خمس سنوات فلا يزيل هذا الوضع بطلان البيع الناتج من عدم أهلية البائع (المجموعة الرسمية سنة ٤ صفحة ١٧١)

والمادة (١٢٩) تفيد تقسيم الاهلية الى مطلقة تشمل جميع الأفعال ومقيدة ببعضها والمادة (١٣٠) نصت على أن (الحكم فى الاهلية المقيدة والمطلقة يكون =

= على مقتضى الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها العاقد) والمادة (١٣١) نصت على أن « مجرد عدم الاهلية موجب لبطلان المشارطة ولو لم يكن فيها ضرر ومن استحصل على بطلان المشارطة لعدم الأهلية لا يكون ملزماً الا برد قيمة المنفعة التى حصل عليها بتنفيذ المشارطة من المتعاقد معه ذى الأهلية »

وينبنى على هذه المواد المبادىء القانونية الآتية : «١» محظور على المحاكم الاهلية النظر فى قضايا أهلية التصرف وعدمها لان نظرها مختص بالمحاكم الشرعية وحينئذ تكون المحاكم الاهلية ملزمة باتباع الاحكام الصادرة من المحاكم الشرعية ما لم يطعن فيها أمام جهة الاختصاص (الحقوق سنة ٥ صفحة ٣٥٤) «٢» لايسوغ للقاصر أن يقيم دعوى الشفعة الا بواسطة وليه أو وصيه واذا كان الوصى هو البائع لزم أن يعين قاضى الاحوال الشخصية وصياً آخر يطلبها له (المجموعة الرسمية سنة ٨ صفحة ٣١) «٣» الدين ليس بسبب للحجر الا اذا كان لاجل التبذير . والتبذير هو انفاق المال لغير غرض أو لغرض لايعده العقلاء غرضاً (الحقوق سنة ١٣ صفحة ٢١٣) «٤» ان كبر السن وثقل السمع وضعف البنية الناتج عن الشيخوخة ليست من الامور التي توجب الحجر الا اذا نتج عنها اختلال القوى العقلية بحيث صار صاحبها فى حالة العته (الحقوق سنة ١٨ صفحة ١٨٩) «٥» الشخص الذى يبلغ سن الرشد يجب أن يسلم ماله اليه ولا يجوز القضاء باستمرار الوصاية الا اذا بلغ القاصر غير رشيد وظهر من أعماله مايدل على ذلك « الاستقلال سنة ٣ صفحة ٢٢١ »

والمادة « ١٣٢ » نصت على أنه « لا يجوز لذى الاهلية من المتعاقدين أن يتمسك بعدم أهلية من تعاقد معه بقصد ابطال المشارطة »

قال شارح القانون فى صفحة ٢٦ وما يليها مامحصله — الاهلية نوعان أهلية وجوب . وأهلية أداء . فالأولى كون الانسان محلا لان يكون له حق أو عليه حق وهى محددة . والثانية هى كون الانسان متصرفاً فى حقوقه وهى مطلقة ووجود هذه يقتضى وجود الاولى ولا عكس

والأهلية بقسميها مما يتعلق بالنظام العام فالأحكام الخاصة بها محتمة لامندوحة من اتباعها ولا يجوز التنازل عنها أو عن جزء منها =

وأهلية الوجوب يتصف بها كل انسان حتى الجنين بشرط أن يولد حياً لكن قد يحرم الشخص منها فى بعض الحقوق ولا يكون ذلك الا بنص صريح فى القانون كما لا يكون غالباً الا مؤقتاً . وذلك كعدم أهلية القاصر والمجنون والسفيه المحجور عليه للتبرعات . وعدم أهلية الشخص لان يكون ناخباً أو منتخباً للحكم عليه بما يقتضى ذلك . وعدم الاهلية لتعاطى بعض الحرف كالطب والصيدلة ثم ان كان السبب فى عدم الاهلية طبيعياً كان الشخص عديم الاهلية بالمرة . وان كان بنص القانون كان الشخص ناقص الاهلية فيكون غير أهل لبعض العقود والتصرفات فقط : وحقوق الانسان من حيث أهلية الأداء نوعان مادية . ومعنوية . فالمادية ما تتعلق بالأموال كحق الملك والبيع ونحو ذلك والمعنوية ما تتعلق بحال لا يمكن تقويمها بمال ويدخل فيها :

«١» الحقوق السياسية كأن يكون الرجل ناخباً أو منتخباً

«٢» الاحتراف مطلقاً بصناعة من الصناعات كالطب والهندسة والمحاماة

«٣» الحقوق الذاتية وهى التى لاتجوز فيها الانابة كالزواج والتبنى

وشروط أهلية الأداء لهذه الحقوق مبينة فى القوانين الخاصة بكل نوع منها وفى كتب الشريعة الغراء وليس الكلام فيها مما هو مقصود هنا بل المقصود هنا التكلم على الأهلية المادية

ثم حصر شارح القانون موانع الاهلية فى خمسة أنواع وهى : الصغر — والسفه — والعته — والجنون — والاحكام الجنائية — وعرف الأربعة الأولى بما لايخالف ما ذكر فى الشريعة الغراء وأما الاحكام الجنائية فهى تستلزم حرمان المحكوم عليه من الحقوق والتصرفات مدة اعتقاله « مادة ٢٥ عقوبات »

اهلية العاقد لغيره

العاقد لغيره اما أن يكون وليا أو وصيا أو وكيلا أو فضوليا

فالولى هو الذى أقامه الشرع للنظر فى شئون الصغار وهو ثلاثة أشخاص : الأب . والجد الصحيح وهو أب الأب . والقاضى

والوصى هو الذى أقامه أحـد الأولياء للنظر فى شئون الصغار

والوكيل هو من أقامه الشخص مقام نفسه فى تصرف جائز معلوم يملكه . والفضولى من يتصرف فى ملك غيره بغير اذن شرعى

وكل ممن ذكروا لايكون أهلا للتصرف فى أموال الصغار ومن يلحق بهم الا اذا كان أهلا للتصرف بنفسه لنفسه بما يتصرف به فى أموال الصغار وقد سبق بيان أهلية العاقد لنفسه ويزاد على ذلك قيود تجب مراعاتها فى تصرفات من يباشر العقود لغيره واليك ماخصها لأن التفصيل فيها من مواضيع قسم الأحوال الشخصية

« تصرفات الاولياء والاوصياء »

الولاية على أموال الصغار تثبت للأولياء والأوصياء على هـذا الترتيب : الأب . ثم وصيه وان تعدد . ثم الجد . ثم وصيه وان تعدد . ثم القاضى . ثم وصيه ـ ويسمي كل من وصى الاب ووصى الجد وصيا مختاراً لاختيار الأب أوالجد له قبل وفاته

« تصرفات الاب »

تختلف تصرفات الاب باختلاف حاله · وذلك أن الاب اما أن

يكون مشهورا بحسن التصرف أومستور الحال. وأما أن يكون مشهورا بسوء التصرف

فان كان مشهورا بحسن التصرف أو مستور الحال نفذت جميع تصرفاته فى أموال أولاده الذين هم تحت ولايته بالبيع والشراء والاجارة والاستئجار والمزارعة والمساقاة والرهن والارتهان وغير ذلك من التصرفات متى تكون نافعة للصغار أو دائرة بين النفع والضرر بمثل القيمة والغبن اليسير لا بالغبن الفاحش

ولا فرق فى ذلك كله بين أن يكون المال المتصرف فيه عقارا أو منقولا كما لافرق بين أن يكون التصرف لأجنبي عن الاب أو يكون التصرف له أو لأصوله وفروعه فانه يجوز للاب أن يبيع من ماله لولده الصغير وأن يشترى لنفسه من مال ولده المذكور بمثل القيمة وبالغبن اليسير ومثل البيع غيره من التصرفات ولكن فى حالة الشراء يسلم الثمن الى من يعينه القاضى لاستلامه ثم يأخذه ثانيا حتى لايكون مطالِبا ومطالَبا فى آن واحد وبالاولى يجوز له أن يبيع من مال ولده الصغير لمن لاتقبل شهادتهم له ويشترى لولده الصغير من أموالهم ـ وانما جاز للأب أن يتصرف فى مال أولاده لغيره ولنفسه بمثل القيمة وبالغبن اليسير لانتفاء التهمة اذ الاب أكثر الناس شفقة على أولاده وأشدهم اهتماما بانماء ثروتهم ـ ولا يعترض عن تصرف الاب لنفسه فى أموال أولاده الصغار بعدم تعدد العاقد والتعدد ركن من أركان العقود التى لايتحقق الا بها لان هذا مستثنى مما ذكر فقد استثنى الفقهاء من تعدد العاقد ما اذا كان العاقد وليا أو وصيا يتصرف لنفسه

فى أموال الصغار أولهم فى أمواله لان عبارته تقوم مقام الايجاب والقبول اذ هو بصفته مالكا مثلا يعتبر موجبا وبصفته وليا يعتبر قابلا أو بالعكس

وان كان الاب مشهورا بسوء التصرف بحيث لايصل به ذلك الى حد السفه يشترط فى صحة تصرفه فى مال ولده الصغير أن يكون فى التصرف خير للصغير سواء أكان يتصرف لنفسه أم لمن لا تقبل شهادتهم له أم للاجانب عنه وسواء أكان مايتصرف فيه عقارا أم منقولا . وفسر بعضهم الخيرية فى العقار بأنها البيع بضعف القيمة والشراء بنصفها وفى المنقول بزيادة الثلث عن القيمة فى البيع ونقصه فى الشراء وفسرها بعضهم بأنها كل ما كان فيه خير للصغير قل أو أو كثر وهو الظاهر أما اذا وصل سوء تدبير الاب الى حد السفه فلا ولاية له على مال أولاده الصغار لانه لا ولاية له على مال نفسه حينئذ فلا تكون له الولاية على مال غيره من باب أولى لان الولاية المتعدية فرع من الولاية القاصرة

« تصرفات وصى الاب »

لما كان اليتيم الذى لاحول له ولا قوة لايستطيع كف العدوان عن أمواله جعل الله عليها سياجا من وعيده يحول بينها وبين ذوى المطامع الدنيئة فقد قال تعالى « ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما انما يأكلون فى بطونهم ناراً وسيصلون سعيرا » والآيات فى ذلك كثيرة فعلى من يتولى شئون الايتام أن يراقب الله فى تصرفاته المالية لهم

ويتحقق أنه كما يدين يدان قال الله تعالى « وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافا خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولا سديدا »

وأموال الايتام بالنسبة لتصرفات الوصى على قسمين . قسم يصح التصرف فيه ولو بغبن يسير وهو المنقولات . وقسم لايصح التصرف فيه الا بمسوغ شرعى وهو العقارات . وهذا المسوغ ينحصر فى شيئين : الاول الشفقة على الصغير بأن يكون البيع خيرا له ليتمكن الوصى من شراء عقار بثمنه أحسن صقعا وأغزر ريعا . أو كان العقار منزلا آيلا الى السقوط وليس عنده ما يجدده به أو كان خراجه ومؤنته أكثر من محصوله ويمكن بيعه ليستبدل بما هو أحسن منه . الثانى الضرورة بأن يضطر الى بيعه كأن تكون التركة مدينة دينا مستغرقا لها أو غير مستغرق ولكن ليس عنده من النقود والمنقول مايفى بالدين أو يكون المورث أوصى بنقود مرسلة أى غير مقيدة بجزء مخصوص من التركة ولايمكن تنفيذها الا ببيع العقار أو يخشى على العقار من اغتصاب قادر لا يمكن استرداده منه أو يكون الصغير محتاجا الى النفقة فاذا وجد شئ من ذلك كان له أن يبيع العقار بمثل القيمة و بالغبن اليسير وان لم يوجد فلا يصح وانما جاز بيع المنقولات دون العقارات لأنها مما يتسارع اليه الفساد وحفظ الثمن للصغير أفيد بخلاف العقار فانه لايتغير عادة وقد يلحق بالعقار من المنقولات ما كان فى بقائه فائدة للصغير : هذا كله اذا كان البيع لاجنبى. أما اذا باع لنفسه أو لمن لاتقبل شهادتهم له شيئا من مال الصغير فلا يصح الا بشرط الخيرية السابق بيانها حتى تنتفى التهمة ومثل وصى الاب فى جميع ماذكر وصى وصيه وهكذا

« تصرفات الجد »

تصرفات الجد كتصرفات الاب فى جميع ماذكر وهو على رأى الامام وأبى يوسف متأخر عن وصى الاب فى الولاية على مال الصغير ولذلك قالا انه لايجوز له كل مايجوز للوصى من التصرفات فان هـذا يجوز له بيع شىء من التركة لاداء ديون الميت وتنفيذ وصاياه المرسلة وليس للجد هـذا الحق . واذا وجد من يستحق وصية أو دينا فى مدة ولاية الجد يجب على الموصى له والدائن أن يرفع أمره الى القاضى ليأذن الجد بالبيع بمقدار مايفى بالدين وتنفيذ الوصية ، وقال محمد والامام الشافعى ان الجد مقدم فى التصرفات على وصى الاب لانه أوفر شفقة

« تصرفات وصى الجد »

تصرفات وصى الجد كتصرفات وصى الاب الا أنه لايبيع من التركة لاداء دين الميت أو تنفيذ وصيته لان الجد الذى أقامه لايملك ذلك فوصيه من باب أولى

« تصرفات القاضى ووصيه »

يجوز للقاضى أو وصيه أن يتصرف فى منقولات اليتيم بشرطين : الاول أن يكون فى التصرف خير لليتيم وقد سبق بيان الخيرية . الثانى أن يكون التصرف لاجنبى عنه فلو كان التصرف لنفسه أو لمن لاتقبل شهادتهم له لايجوز سواء كان التصرف بالبيع أو بغيره لان أفعال القاضى أحكام وحكمه لنفسه أو لمن لاتقبل شهادتهم له لايجوز ووصى القاضى وكيل عنه وفعل الوكيل كفعل الموكل

« ابتداء الولاية على الأموال »

تبتدئ ولاية الأب على أولاده الصغار من وقت ولادتهم وعلى أموالهم من وقت تملكهم له - وعلى من يلحق بالصغار من المعاتيه والمجانين من وقت ظهور العته والجنون

وتبتدئ ولاية الجد على من ذكروا بعد موت الأب من غير أن يقيم وصياً قبل موته

وتبتدئ ولاية وصى الأب أو وصى الجد بموت كل من الأب أو الجد بعد الايصاء

تبتدئ ولاية القاضى من وقت علمه بوفاة من يتولى شؤون من لايقدرون على حماية أموالهم من الصغار والملحقين بهم ولم يقم نائباً عنه

وتبتدئ ولاية وصى القاضى باقامته وصيا من قبل القاضى

وتبتدئ ولاية القاضى أو نائبه على السفيه من وقت ظهور السفه على رأى محمد ومن وقت الحكم بالسفه على رأى أبى يوسف وقد سبق بيان ذلك . وعلى ذى الغفلة من وقت ظهور غفلته . وتبتدئ ولاية الدائنين على أموال المدين من وقت الحكم بمنع المدين عن التصرف فى أمواله حتى يؤدى الدين

من له حق الاذن فى الاتجار

الذى له حق الاذن فى التجارة للصبى المميز والمعتوه هو الولى أو الوصى لأنهما يملكان التصرف فى أموالهما فيملكان الاذن لهما - وهذا الاذن لايمنع الاذن من التصرف فى الأموال التى أذن بالاتجار فيها

لأن ولايته لم تنقطع عنها بالاذن. وغير الأولياء الثلاثة« الأب والجد والقاضى» والأوصياء الثلاثة (وصى الاب ووصى الجد ووصى القاضى) لايملكون الاذن بالاجارة لأن الولاية على المال لم تثبت لغيرهم

واذا امتنع من له حق الاذن عن التصريح بالتجارة لأحد من ذكروا تعنتا فلمن يليه الحق فى الاذن له

« مايبطل به الاذن بالاتجار »

يبطل الاذن بموت الآذن أو عزله اذا كان غير القاضى أما هو فلا يبطل الاذن بموته ولا بعزله لأن اذنه بمنزلة الحكم والاحكام لاتبطل بموت الحاكم ولا بعزله. وكذلك يبطل الاذن بمنع الآذن المأذون من مباشرة التجارة مادامت ولايته باقية وقت المنع. ومتى بطل الاذن بأحد الاسباب السابقة صار كل من الصبى والمعتوه محجورا عليه

« انتهاء الولاية والوصاية »

تنتهى الولاية والوصاية على الصغير انتهاء تاما ببلوغه رشيدا سواء كان البلوغ بالسن وهو خمس عشر سنة أم بالحلم ولو لم يبلغ هذه السن. والرشيد هو من يحسن التصرف فى أمواله والدليل على انتهاء الولاية والوصاية بما ذكر قوله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم » . أما اذا بلغ غير رشيد فقال الامام أبو حنيفة يستمر الحجر الى أن يبلغ عمره خمسا وعشرين سنة ثم يسلم اليه ماله الا اذا وصل به عدم الرشد الى درجة الجنون فيبقى الحجر عليه باتفاق. وقال الصاحبان يستمر الحجر عليه الى أن يظهر

رشده مهما طال الزمان وهو الظاهر المفتى به . ودليل كل مبسوط فى شرح الاحوال الشخصية . والصغيرة فى جميع ماذكر كالصغير ـ وتنتهى الولاية على المعتوه والمجنون وذى الغفلة بزوال العته والجنون والغفلة وعلى السفيه بظهور الرشد أو بالحكم بالرشد كما سبق . وعلى المدين بقضاء الدين . وتنتهى مؤقتاً بأشياء أخرى مذكورة فى مبحث (مايبطل به الاذن بالتجارة) السابق بيانه

« محاسبة الأولياء والاوصياء »

متى بلغ الصبى رشده . وزال العته أو الجنون أو السفه أو الغفلة وجب على الولى أو الوصى تسليم المال لذويه وعليه أن يقدم لهم حسابا بايرادهم ومصروفهم مدة ولايته فان صدقوه وتسلموا أموالهم برئت ذمته مما حاسبهم عليه وان لم يصدقوه رفعوا أمرهم الى القاضى وهو الذى يتولى محاسبته ومتى كان الولى أو الوصى معروفا بالامانة أو مستوراً يقبل منه الحساب الاجمالى بيمينه ان صدقه الظاهر . وان لم يصدقه الظاهر ينظر فان ادعى سببا معقولا كأن قال اشتريت لهم طعاما فهلك صدق بيمينه أيضا مالم يتكرر هذا الادعاء . وان لم يكن معروفا بالامانة لا يكتفى منه الا بالحساب التفصيلى ـ وبيان ما يختص بتصرفات الاولياء والاوصياء ومحاسبتهم وعزلهم مذكور تفصيلا فى قسم الاحوال الشخصية فليراجعه من شاء [1]

---

(١) الولاية والوصاية قانونا على الاموال

الاولياء على أموال الصغار ومن يلحق بهم قانونا ثلاثة أقسام : أولياء شرعيون . وأولياء حسبيون . وأولياء قضائيون =

(ا) الاولياء الشرعيون

الاولياء الشرعيون من أقامهم الشرع وهم : الأب . والجد (أب الأب) وتصرفاتهم فى أموال من هم تحت ولايتهم المذكورة فى شرح القانون وغيره من القوانين المصرية مأخوذة من أحكام الشريعة الغراء (قسم الاحوال الشخصية فليراجعه من شاء)

(ب) الاولياء الحسبيون

الاولياء الحسبيون من أقامهم المجلس الحسبى أوصياء أو قواما أو وكلاء وقد كان المختص باقامة هؤلاء وعزلهم والنظر فى تصرفاتهم وما أشبه ذلك هو القاضى الشرعى وكان بيت المال هو القائم بتنفيذ الاجراءات الخاصة بالتركات التى ضمن أصحابها حمل مستكن أو قاصر أو معتوه أو مجنون أو غائب أو لا مالك لها أصلا ولكن من سنة ١٨٩٦ الغى بيت المال وقامت مقامه المجالس الحسبية وأهم القوانين التي تسير على مقتضاها المجالس الحسبية هى : (١) القانون المؤرخ « ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦» (٢) القانون المؤرخ ٥ مارس سنة ١٩١١ نمرة ٥

فأما القانون الاول المؤرخ ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ فيشمتل على خمس عشرة مادة أحكامها دائمية . وست مواد (من ١٦ — ٢١) أحكامها وقتية — ثم صدرت لائحة تنفيذية للمجالس الحسبية مؤرخة ٢٦ يناير سنة ١٨٩٧ — والمواد الدائمية للقانون تشتمل على ما يأتى : (١) الغاء بيت المال (٢) كيفية تأليف المجالس الحسبية (٣) اختصاصاتها (٤) واجباتها وواجبات الاوصياء والقوام (٥) الجهة المختصة بالحجر أو تقرير استمراره والجهة التابعة لها المجالس (٦) انتهاء الوصاية والقيامة

وتشتمل اللائحة التنفيذية على الاجراءات بأنواعها وهى مقسمة الى خمسة فصول (١) تأليف المجالس وانعقادها (٢) التعيين (٣) المحاسبة على الاموال (٤) انتهاء ولاية المال (٥) الدفاتر والتحريرات — واليك بيان المباحث المدونة فى كل =

= تأليف المجالس الحسبية

تتألف المجالس الحسبية من : مأمور المركز وأحد علماء المركز تعينه وزارة الحقانية . وأحد أعضاء العائلة ذات الشأن اذا وجد فى الجهة التى بها المجلس والا فيستعاض بواحد من الاعيان تعينه وزارة الداخلية وأحـد الاعيان يعينه المدير مع اقرار وزارة الداخلية

وأما تأليفها فى المديريات والمحافظات فلا يختلف عما ذكر الا باستبدال المأمور أو نائبه بالمدير أو المحافظ أو من ينوب عنهما (مادة ٤)

اختصاصات المجالس الحسبية

اختصاصات المجالس الحسبية مبينة بالمادة (٥) وتنحصر فيما يأتى :

(١) تثبيت الاوصياء المختارين بمعرفة الاب أو الجد . وتعيين الاوصياء لمن لا وصى لهم . وعزلهم — ويشترط فى تعيين الاوصياء وتثبيتهم أن يكون أمام القاضى الشرعى أو نائبه (مادة ١٥) فيجب أخذ رأيه ان لم يكن هو العضو العلمى بالمجلس والا فيكتفى بتصديقه على التعيين مع بقية الأعضاء

(٢) — تقرير استمرار الوصاية الى ما بعد الثمانى عشرة سنة اذا لم يبلغ القاصر هذه السن رشيداً

(٣) — تقرير الحجر على عديمى الاهلية وتنصيب القوام وعزلهم ورفع الحجر

(٤) — تعيين وكلاء الغائبين وعزلهم

(٥) — اتخاذ الوسائل المؤدية الى حفظ أموال عديمى الاهلية والغائبين وقد جاء بالمادة (١٠) أن للنيابة أن تشترك فى أعمال المجالس الحسبية اذا دعت الحاجة وان لم يوجد مندوب للنيابة كان للعمد هذا الحق وذلك باتخاذ الوسائل التى تراها لازمة لحفظ حقوق عديمى الاهلية أو الغائبين =

= أما واجبات من يثبت الوفاة لمورث محجور عليه . وتعيين الأوصياء والقوام والوكلاء وحقوقهم وواجباتهم وانتهاء الوصاية فمبين بالمواد من (١١ — ١٥ والمادتين ٨ و ٩) واليك ملخص مايختص بكل واحد

واجبات من يثبت الوفاة لمورث محجور عليه

يجب على من يثبت الوفاة أو يباشر الدفن أن يخبر العمدة أو شيخ الحارة فى ظرف ثمان وأربعين ساعة بالوفاة والا فيلزمون بغرامة من ٢٠ قرشا الى مائة قرش . وعلى العمدة أن يبلغ ذلك للجهة المختصة فى ظرف ثمان وأربعين ساعة والا فيلزم بدفع الغرامة المذكورة (مادة ٩)

تعيين الاوصياء والقوام وعزلهم

يجب تعيين الوصى أو القيم أو الوكيل فى ظرف ثمانية أيام من تاريخ الاخبار بالوفاة (مادة ١١)

ويجب أن يصدر قرار بالتعيين أو العزل كما يجب على رؤساء المجالس الحسبية أن يقوموا بعمل ما تكون نتيجته وقوف المجلس تمام الوقوف على حال التركة وأهمية اقامة الوصي أو القيم مع التحرى التام عن استقامة من يراد تعيينه وصياً أو قيما وقدرته على ادارة شئون الأموال وحفظها

ويجب أن يعلن من اختير وصياً أو قيما أو وكيلا قبوله فى ظرف ثلاثة أيام من تاريخ أعلانه بالتعيين فان سكت عد سكوته رفضاً ووجب تعيين غيره فى ظرف ثلاثة أيام أخرى

وهذه القرارات يجوز الطعن فيها أمام المجلس الحسبي العالى ومع ذلك فهى واجبة التنفيذ ولو استؤنفت . ويترتب على تقرير الحجر أو استمراره بطلان تصرفات المحجور عليهم من يوم صدور القرار

= حقوق وواجبات الاوصياء والقوام والوكلاء

للوصى أو القيم أو الوكيل أن يباشر جميع ما من شأنه انماء ثروة من هم تحت رعايته فيجوز له أن يزرع ويشارك ويؤجر ويقيم الدعاوى ويدافع . ولكن لا يجوز له البيع والشراء والرهن وسداد الدين الا باذن من المجلس الحسبي فاذا أذن بالبيع كان له حق قبض الثمن كما له حق قبض غيره الا ثمن العقار المنزوعة ملكيته للمنافع العامة فلا بد فى قبضه من الاذن . وله أخذ أجرة نظير قيامه بأعمال من هم تحت ولايته يقدرها المجلس الحسبى بطلب منه

وعليه الواجبات الآتية وهى :

(١) — أن يجرد فى ظرف ثلاثه أيام جميع أعيان التركة من منقول وعقار وأوراق وقيم المنقولات وقت الجرد بوجه التقريب ويكون ذلك بحضور أحد مندوبى جهة الادارة وكل شخص ذى شأن يحضر من تلقاء نفسه وذلك قبل تسلم الاعيان المذكورة والا فيلزمون بدفع غرامة من ٥٠ قرشا الى ٥٠٠ قرش وتحرر قائمة الجرد على نسختين ويوقع عليها جميع الحاضرين (مادة ١٢)

(٢) — دفع أجرة الحراس الذين عينتهم النيابة أو العمدة أو رؤساء المجالس الحسبية

(٣) — تقويم ضمان للمجلس الحسبي يكفل حسن ادارته ويجوز أن يكون الضمان شخصياً أو عينياً أى أموالا . واذا ساءت ادارة الأب أو الجد جاز للمجلس أن يطلب من كل منهما الضمان فان أباه جاز عزله

(٤) — تقديم حساب تفصيلى كل سنة للمجلس الذى عينه عن الوارد والمنصرف معززاً بالسندات الدالة على صحته

(٥) — دفع ما يقدره المجلس نفقة للمحجور عليه

(٦) — تنفيذ مايختص بكيفية استثمار النقود المتوفرة أو ايداعها فى صناديق الحكومة متى صدر قرار المجلس بذلك =

= (٧) — تقديم حساب نهائى فى جلسة المجلس الحسبى لرب المال أو ورثته عند انتهاء الولاية بغير موت الولى فان انتهت بموته فعلى ورثته تقديم الحساب

انتهاء ولاية الاوصياء والقوام والوكلاء

تنتهى ولاية الاوصياء والقوام والوكلاء بأحد الامور الآتية : بلوغ الصبى تمام السنة الثامنة عشرة ويثبت ذلك بشهادة الميلاد أو مايقوم مقامها ان وجدت والا فبشهادة طبيب أو بالتقدير التقريبي الا اذا قرر المجلس استمرار الحجر الى مابعد هذه السن . رفع الحجر عن المحجور عليه . عودة الغائب . موت المحجور عليه . عزل ولى المال أو تنازله عن الولاية أو موته — وفى الاحوال الأربعة الاولى يسلم المال لصاحبه وفى الخامسة يسلم للجديد من أولياء المال فى ثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء ولاية الاول

أما القانون الثانى للمجالس الحسبية المؤرخ (٥ مارس سنة ١٩١١ نمرة ٥) فخاص بتأليف مجلس حسبي عال ومواده احدى عشرة مادة وتشتمل على كيفية تأليفه واختصاصه وحقوقه وواجباته والاجراءات الداخلية له

تأليفه

يتألف المجلس الحسبي العالى من : ثلاثة مستشارين وطنيين من مستشارى محكمة الاستئناف الاهلية يعينون بمعرفة وزير الحقانية — ومن عضوين : أحدهما من المحكمة العليا الشرعية . والثانى من الموظفين أو المتعاقدين ويعينان بمعرفة مجلس الوزراء بناء على ما يعرضه ناظر الحقانية

واذا غاب أحدهم انتخب بدله بالصفة المذكورة (مادة أولى)

اختصاصه

يختص هذا المجلس بنظر مايرفع اليه بواسطة وزارة الحقانية أو النيابة العمومية أو من شخص ذي شأن من القرارات التي تصدرها المجالس الحسبية وتكون متعلقة =

= بادارة الاوصياء أو القوام أو الوكلاء أو تنصيبهم أو عزلهم ويكون دفعها فى ظرف ثلاثة أشهر من تاريخ صدورها ومتى نظرها يجوز له أن يقرر فيها ما يأتى :

(١) — أن يلغى أو يعدل أى قرار رفع اليه أو يوقف تنفيذه مؤقتاً

(٢) — أن يبين طريقة السير اللازم اتباعها بمعرفة المجلس الحسبى فى القضية التى تكون مستأنفة أمامه

(٣) — أن يقرر اتخاذ الاجراءات المستعجلة التى كان للمجلس الحسبي اتخاذها للمحافظة على حقوق القصر أو عديمى الاهلية أو الغائبين

(٤) — أن يقرر توقيع الحجر أو رفعه

(٥) — أن يقرر استمرار الوصاية الى ما بعد سن الثمانى عشرة سنة أو رفعها

(٦) — أن يعين الاوصياء والقوام والوكلاء أو يعزلهم أو يستبدلهم ويجوز له أيضا بناء على طلب ناظر الحقانية أن يحيل الى مجلس حسبى المديرية أى قضية من اختصاص مجلس حسبى المركز اذا تبين أن للتركة أو للاموال من الاهمية ما يدعو الى هذه الاحالة « مادتى ٢ و ٣ »

حقوقه وواجباته

للمجلس الحسبى العالى أثناء أدائه وظيفته جميع الحقوق والاختصاصات التى لدائرة مدنية من دوائر محكمة الاستئناف الاهلية — وعليه ان يسمع أقوال الخصوم أو وكلائهم المقبولين أمام الاستئناف الاهلى او المحاكم الشرعية « مادتى ٥ و ٨ »

اجراءاته

تصدر قرارات المجلس باغلبية الآراء ويجب بيان أسبابها . ويجوز أن يلزم من خسر الدعوى بالمصاريف «مادتى ٦ و ٧»

ومع كون قرارات المجالس الحسبية الابتدائية واجبة التنفيذ وان استؤنفت فانه يجوز لناظر الحقانية أن يصدر قرارا بايقاف التنفيذ حتى يصدر قرار المجلس العالى متى رأى المصلحة فى ذلك =

« تصرفات الوكيل »

الوكيل هو الشخص الذى يقيمه الانسان مقام نفسه فى تصرف جائز معلوم يملكه

وكل ماجاز للشخص أن يباشره بنفسه جاز له أن يوكل فيه غيره ويشترط فى الوكيل أن يكون أهلا للعقود والتصرفات التى يباشرها

وأحكام تصرفات الوكيل وعقوده لها مبحث خاص بها وهو كتاب الوكالة الذى سوف يذكر ضمن العقود المعينة ولكن لكون الوكيل أحد المتعاقدين اللذين نتكلم الآن على أهليتهما للعقود والتصرفات وجب أن نبين شيئا من أحكام تصرفه . ومن المقرر شرعا أن كل من باشر عقدا من العقود بنفسه لنفسه فهو الملزم دون غيره بما يترتب عليه من الحقوق والواجبات . أما اذا باشر شيئا من العقود والتصرفات بطريق الوكالة عن غيره فلا يخلو الحال من أحد أمرين :

الاول أن يكون وكيلا فى مباشرة عقود التبرعات كالهبة والوصية والصدقة والاعارة والقرض والايداع

= (ج) — الاولياء القضائيون

الاولياء القضائيون هم من أقامتهم المحكمة الابتدائية المدنية المختصة قواماً على أموال المحكوم عليهم بعقوبة جنائية ان لم يقم المحكوم عليه أحداً عنه أو أقامه ولم تصدق عليه المحكمة المذكورة وهذه المحكمة بالنسبة للقيم تقوم مقام المجلس الحسبى . ومع وجوب الحجر على المحكوم عليه فى التصرفات المالية فانه يجوز له أن يوصي وأن يقف بلا اذن من المحكمة « شرح القانون صفحة ٢٨ وما بعدها . وقانون المجالس الحسبية ولائحتها التنفيذية : وقانون المجلس الحسبي العالى »

الثانى أن يكون وكيلا فى مباشرة عقود المعاوضات كالبيع والشراء والاجارة والاستئجار والمزارعة والمساقاة والصلح عن مال بمال

فان كان الأول فاما أن يكون وكيلا عمن يريد الاعطاء والتمليك واما أن يكون وكيلا عمن يريد الاخذ والتملك . فان كان وكيلا عمن يريد الاعطاء والتمليك بأن قال الشخص لآخر وكلتك اتهب لفلان هذه العين فوهبها له وقع العقد للموكل مطلقا سواء أضاف الوكيل العقد الى نفسه أم الى موكله . وان كان وكيلا عمن يريد الأخذ والتملك ينظر فان أضاف العقد الى نفسه وكان الواهب قد أضافه اليه بأن قال الواهب وهبتك هذا الشئ فقال الوكيل قبلته لنفسى وقع العقد للوكيل وملك الشئ الموهوب وتعلقت به جميع حقوق عقد الهبة . ومثل الهبة فى ذلك جميع عقود التبرعات فيكون للوكيل تسلم الهبة بنفسه وعليه حفظ الوديعة والعارية وتسليمها لصاحبها . وان أضاف العقد الى موكله وقع العقد للموكل ورجعت حقوقه اليه : واستثنى الفقهاء التوكيل بالقرض فقال الامام ومحمد لايجوز التوكيل به فان قبل القرض بالوكالة عن غيره وقع العقد له وان أضافه الى موكله واستدلا على ذلك بأن القرض شبيه بالشحاذة والتوكيل بها لايجوز لكن اذا كان رسولا من قبل المستقرض جاز لان العاقد هو المستقرض وقال أبو يوسف يجوز التوكيل بالقرض لان التوكيل بالهبة التى هى تبرع محض جائز باتفاق فالقرض الذى من شأنه أن يكون له بدل يجوز التوكيل بقبوله من باب أولى ـ هذا كله اذا وافق القبول الايجاب فان خالفه بأن قال الواهب مثلا وهبت لموكلك هذه العين فقال الوكيل قبلتها لنفسى بطل العقد

وان كان الثانى بأن كان وكيلا عن غيره فى عقد من عقود المعاوضات فكل العقود التى يباشرها تقع للموكل سواء أضافها الى نفسه أم الى موكله أما حقوق العقد فترجع الى من يضاف اليه العقد فان أضافه الوكيل الى نفسه عادت اليه حقوقه كلها كتسليم ما باعه أو أجره أو صالح عنه وكالمطالبة بالثمن والأجرة وبدل الصلح وان أضاف العقد الى موكله رجعت جميع حقوقه الى الموكل فلا مطالبة للوكيل ولا عليه بشئ من حقوق العقد

تصرفات الفضولى

الفضولى لغة من يشتغل بما لا يعنيه . وشرعا من يتصرف فى ملك غيره بغير اذن شرعى وحكم عقوده وتصرفاته أنها تنعقد صحيحة موقوفة على اجازة المالك فان أجازها نفذت والا بطلت . وسيأتى زيادة بيان لحكم تصرفات الفضولى فيما يجوز بيعه وما لا يجوز من كتاب البيع[1]

---

(١) تصرفات الوكيل والفضولى قانونا

تصرفات الوكيل قانونا ستأتى مفصلة عقب كتاب الوكالة . وأما تصرفات الفضولى قانونا فحكمها كحكم تصرفه في الشريعة الغراء أى أنها تقع موقوفة على اجازة المعقود له ان شاء أجازها وان شاء أبطلها فقد جاء بالمادة « ١٣٧ » مانصه (من عقدت على ذمته مشارطة بدون توكيل منه فله الخيار بين قبولها أو رفضها) هذا بالنسبة لمن عقد العقد على ذمته أما بالنسبة للفضولى فيقع باطلا لانه اذا كان مشتريا لم يلتزم بدفع الثمن شخصيا واذا كان بائعا لم يلتزم بنقل الملكية شخصيا

هذا اذا كان ماباشره الفضولى تعهدا فان كان عملا عمله لغيره بلا اذن بأن

رضا العاقدين وما يعدم الرضا

الرضا هو ارتياح النفس وانبساطها من عمل ترغب فيه وهو شرط لصحة العقود والتصرفات الواردة على الأعيان المالية أو على منافعها فان انعدم الرضا فى شيء منها فسد

= غرس له أشجارا أو بنى بناء كان على كل من الفضولى ورب المال واجبات للآخر

فيكون على الفضولى : اتمام ما شرع فيه . وعنايته به. وسيره فيه كما يجب على الوكيل لموكله . وأن يقدم لرب المال حساباً عن عمله

ويجب على رب المال: أن يعرض على الفضولى مايكون قد انفقه ان كانت فائدة عمله أكثر أو مساوية لقيمة ماصرفه فان صرف أكثر كان له أيضا ماصرف ان كان يحتمل عادة والا فليس له الامايحتمل كما اذا رم الدار المبنية باللبن بآجر فله قيمة الرم باللبن فقط . وأن يفى بمايكون قد عقد لمصلحته . وأن يلتزم بما التزم به عنه الغير

هذا كله اذا توفرت الشروط الآتية :

(١) أن لا يرخص له رب المال فى العمل أثناءه والا اعتبر وكيلا

(٢) أن يكون الفضولى قصد بعمله منفعة رب المال والا فعليه ماينشأ عنه من الضرر

(٣) أن تكون الاعمال مباحة فان كانت محرمة فلا يترتب عليها شيء وان انتفع بها رب المال

(٤) أن يكون الفضولى أهلا للتعهد فان كان محجورا عليه فيه فلاشيء له وعليه تعويض الضرر ان حصل

ولا تضامن بين الفضوليين ولا بين أرباب الاموال ان تعددوا « شرح القانون صفحة ١٧٤ و ١٧٥ » بتصرف

والاختيار هو ترجيح فعل الشيء على عدم فعله فهو أعم من الرضا لأنه اما أن يكون عن ميل ورغبة في فعل الشيء أو تركه ويسمى اختياراً صحيحاً أو أن يكون مبنياً على أهون الشرين ويسمى اختياراً فاسداً ولا ينعدم الاختيار الا اذا انعدم الشعور والحس

والذي يعدم الرضا ويفسد الاختيار هو الاكراه ومعناه اجبار شخص على عمل شيء بلا حق

والاكراه نوعان ملجيء وغير ملجيء فالملجيء مايعدم الرضا ويفسد الاختيار ويكون بالتهديد بالقتل أو اتلاف عضو أو احراق كل المال أو ايذاء الآباء والاولاد ايذء شديداً أو نحو ذلك

وغير الملجيء مايعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو ما كان بأقل من ذلك. وقال بعض الفقهاء انه يفوض الرأى الى القاضي في تعيين الاكراه الملجيء من غيره لتفاوت الناس تفاوتا بينا في نمو الاحساس ورقة الطبع وخشونته

والفرق بين حكم الاكراه الملجيء وغيره انما يظهر في العبادات أما في المعاملات فلا فرق بينهما في افساد العقود والتصرفات الواردة على الاعيان المالية أو على منافعها كما سبق

مايتحقق به الاكراه

لايتحقق الاكراه الا بتوفر أربعة أشياء:

الأول — أن يكون المكره قادرا على ايقاع ماهدد به

الثانى — أن يغلب على ظن المكره أن المكره ينفذ ما هدده به ان امتنع

الثالث — أن يفعل المكره الفعل بحضور المكره أو بحضور نائب عنه أو يغلب على ظنه ارسال من يحضره اليه لتنفيذ ماهدده به

الرابع — أن يكون المكره ممتنعا عن فعل ما أكره عليه

فان لم يوجد واحد من هذه الامور الاربعة فلا يوجد الاكراه

حكم الاكراه فى العقود والتصرفات

قلنا فيما سبق ان الرضا شرط لصحة العقود والتصرفات الواردة على الأعيان المالية أو على منافعها وأن الاكراه يفسدها . والآن نبين أن الاكراه لايؤثر على كل العقود والتصرفات المالية بالفساد وانما يؤثر على بعضها دون البعض الآخر . واليك بيان كل

العقود والتصرفات التى يفسدها الاكراه

العقود والتصرفات التى يفسدها الاكراه هى التى تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل وذلك كالبيع . والشراء . والاجارة والاستئجار . والصلح عن مال . وتأجيل الدين . واسقاط الشفعة . والكفالة . والحوالة . والاقرار . وابراء المدين . وابراء الكفيل بنفس أو مال . ولكن بيع المكره مع كونه فاسدا يخالف بقية البيوع الفاسدة بغير الاكراه فى أربعة أشياء :

الاول — أنه ينقلب صحيحاً اذا أجازه المكره بعد زوال الاكراه ولا تسقط الاجازة بموت أحدهما ولا بموتهما بل تقوم ورثة كل واحد مقامه وغير هذا من البيوع الفاسدة لاينقلب صحيحا بالاجازة بعد التفرق من مجلس العقد

الثاني — أنه يجوز للمكره استرداد المبيع ممن هو تحت يده ولو تداولته الأيدى اذا كان التصرف فيه مما يحتمل الفسخ أما غيره من البيوع الفاسدة فلا يسترد فيه المبيع بعد هذا التصرف

الثالث — أنه اذا تصرف المشترى فى المبيع تصرفا لايحتمل الفسخ بأن وقفه يكون المكره مخيرا بين أن يضمن المشترى قيمته يوم القبض أو يوم الوقف وبين أن يضمن المكره يوم القبض وغير هذا يضمن فيه المشترى يوم القبض فقط

واذا هلكت العين المبيعة باكراه فى يد المشترى يكون المكره مخيرا بين أن يضمن المكره قيمتها يوم القبض وبين أن يضمن المشترى قيمتها يوم القبض أو يوم الهلاك ان اشتراها مختارا فان كان مكرها أيضا فلا ضمان عليه وانما الذى يضمن هو المكره واذا ضمن هذا فى الصورة الأولى رجع على المشترى بما ضمن وان ضمن المشترى فلا رجوع له على أحد لهلاك العين عنده

الرابع — أنه يعتبر المبيع أمانة فى يد المشترى ان كان هو المكره والثمن أمانة فى يد البائع ان كان هو المكره وكل من البدلين أمانة فى يد الآخر ان كان كل منهما مكرها وليس كذلك بقية البيوع الفاسدة

ويترتب على فساد بيع المكرَه أن المبيع يملك بالقبض ملكا خبيثاً ويجب فسخه ورد كل من البدلين لصاحبه ولو بدون رضا العاقد الثانى واذا علم به القاضى وجب عليه فسخه ازالة المنكر شرعا ويترتب أيضا على كونه فاسداً أنه تنفذ فيه تصرفات المشترى التى لا تحتمل الفسخ كالوقف والقائل بفساد عقود المكره التى تحتمل الفسخ هو الامام وصاحبيه . وقال زفر ان هذه العقود اذا حصلت بالاكراه تكون موقوفة لا فاسدة ويترتب على قوله أن الأعيان التى وردت عليها هذه العقود لا تملك بالقبض ولا تنفذ فيها تصرفات المشترى الا اذا أجازها المكره اجازة معتبرة شرعا وهو وجيه وقول الامام وصاحبيه هو المعتمد

العقود والتصرفات التى لا يفسدها الاكراه

العقود والتصرفات التى لا يفسدها الاكراه بنوعيه هى التى لا تحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل وذلك كالزواج . والطلاق . والاعتاق والصلح عن دم العمد . فلو أكره شخص على شىء منها وقع صحيحاً متى كان مستوفيا شرائطه ويترتب على ذلك أنه لو حصل الاكراه على زواج صح ويرث كل منهما الآخر اذا مات أحدهما ولم تحصل بينهما فرقة قبل الموت واذا حصل الاكراه على طلاق قبل الدخول رجع المطلق على من أكرهه بنصف المهر الذى تستحقه المطلقة على الزوج وأما بعد الدخول فلا يرجع بشىء لأن المهر يتأكد بالدخول . واذا حصل على اعتاق بالقول ولم يكن الاعتاق فى نظير كفارة يمين أو افطار

فى رمضان عمداً أو نحو ذلك رجع المعتق على من أكرهه بقيمة من أعتقه يوم العتق . وان كان الاعتاق بالفعل بأن أكره شخص آخر على شراء قريب ذى رحم محرم منه وعتق هذا القريب بالشراء فلا يرجع المشترى بشىء على من أكرهه لأن الاكراه ليس سبباً فى العتق بل سبب العتق القرابة لقوله صلى الله عليه وسلم (من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) هذا كله رأى فقهاء المذهب الحنفى دون سواهم

وقال الأئمة الثلاثة إن الاكراه يفسد جميع العقود والتصرفات سواء كانت مما يحتمل الفسخ أو مما لا يحتمله واستدل الأئمة على ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام (رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) أى لا يؤاخذون بمقتضى ما حصل مع الاتصاف بأحد هذه الصفات الثلاثة وهو ظاهر معقول الحكمة

واستدل الامام أبو حنيفة وأصحابه بأن الحديث المذكور انما يدل على رفع حكم الاكراه الأخروى لا الدنيوى وبنوا ذلك على ما قرروه فى أصول مذهبهم من أن اللفظ المشترك بين معنيين أو أكثر لا يستعمل الا فى واحد منها فحمل على حكم الاكراه الأخروى . واستدل أيضا بأن المكره ليس أقل حالا من الهازل لأن المكره فاسد للعقد والتصرف . والهازل غير قاصد له بالمرة مع أن هذه العقود تصح من الهازل باتفاق لقوله عليه الصلاة والسلام (ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق) [1]

---

(١) مافى الصفحة التالية والتى بعدها

الرضا والاكراه في التصرفات قانونا

جعلت الشريعة الغراء رضا كل من التعاقدين شرطا لصحة العقود والتصرفات فاذا زال الرضا كان العقد فاسدا وقد سبق بيان ذلك مفصلا

أما القانون فقد جعل الرضا ركنا من أركان العقد كما سبق فلو زال الرضا كان العقد باطلا قانونا (مادة ١٢٨)

والفرق بين الفاسد والباطل أن الفاسد يملك بالقبض ويمكن اجازته بعد الاكراه والباطل ليس كذلك ولا يترتب عليه حكم أصلا (هذا على المذهب الحنفي وأما بقية الأئمة فلم يفرقوا بين الفاسد والباطل الا في أعمال الحج)

والرضا قانوناً هو القبول بالاختيار التام

ويستدل على الرضا بصدور صيغ العقود والتصرفات عن رغبة واختيار — والصيغ اما أن تكون قولا أو فعلا . فالقول هو الايجاب والقبول باللفظ : والفعل هو الكتابة . والتعاطي . والاشارة المعروفة للأخرس . ويجب لانعقاد العقد بما ذكر عدم مخالفة القبول للايجاب مخالفة مضرة

ولم يشترط القانون اتحاذ مجلس الايجاب والقبول بل أجاز أن يتأخر القبول زمناً ما باتفاق المتعاقدين وقت الايجاب . ولكن الشريعة تشترط اتحاد المجلس حقيقة بأن لم يخرج أحدهما منه قبل القبول وحكما بأن لم يعرض القابل عن القبول ولم يرجع الموجب عن ايجابه قبل القبول فان اختلف بطل العقد شرعاً

واذا حصل التعاقد بالكتابة لتباعد المتعاقدين فلا يتم العقد بمجرد كتابة القبول الى الموجب بل بعد وصوله اليه وقراءته ويترتب على ذلك ما يأتي :

(١) — ان المعقود عليه يبقى في ملك صاحبه حتى يتم العقد فان هلك قبل تمامه هلك على صاحبه

(٢) — اذا توفى الموجب أو فقد الاهلية قبل وصول القبول بطل العقد أما القابل فتقوم ورثته أو وليه مقامه في القبول ان مات أو خرج عن الاهليه (ما يختص بالقابل مخالف لاحكام الشريعة الغراء) =

الغبن الفاحش

تعريفه وأقسامه

الغبن معناه لغة الاغضاب . وشرعا ينقسم الى قسمين غبن يسير وغبن فاحش .فالغبن اليسير على رأى بعض الفقهاء هو خمس قيمة الشيء فأقل نقصا فى البيع وزيادة فى الشراء . والغبن الفاحش على رأيهم أيضا هو ما كان أكثر من الخمس فيما ذكر . وأما على رأى البعض الآخر فالغبن اليسير هو مايدخل تحت تقويم المقومين والفاحش ما لايدخل تحت تقويمهم فاذا قال خبير يوثق بقوله ان هـذا الحصان يساوى من خمسين الى خمسة وخمسين جنيها ثم باعه صاحبه بخمسين أو اشتراه

= (٣) — الموجب أن يرجع عن ايجابه حتى يصله القبول

والاكراه قانونا هو غصب الملتزم على التعاقد بالارهاب ولايكون الاكراه موجبا لبطلان التعهد الا اذا كان شديدا بحيث يحصل معه تأثير لمن يقع عليه مع مراعاة السن والحالة والمركز وشدة التأثر بالمؤثرات وضعفه الى غير ذلك من المميزات التى لاتدخل تحت حصر ويفوض الرأى فى تقدير ذلك كله الى نباهة القاضى وحذقه (مادة ١٣٥)

ويترتب على هذه المادة أنه يجوز للمحاكم البحث فيما اذا كان الاكراه سببا لرهبة المدعى رهبة لم تجعل فى وسعه الا قبول التعهد فان لم يكن كذلك فلا يعد اكراها مبطلا للتعهد (الحقوق سنة ٦ صفحة ٣٠٢) ويترتب عليها أيضا أن ارهاب الموظف بادخاله مجلس التأديب ان لم يطلب الانتقال أو الاستعفاء وكانت صحته لاتساعده على النقل فطلب الاستعفاء اعتبر مكرها ولايترتب على هذا الاستعفاء حرمانه من المكافأة أو المعاش (الحقوق سنة ١٨ صفحة ١٣٨)

المشترى بخمسة وخمسين يكون كل واحد منهما مغبونا غبنا يسيرا أما اذا باعه صاحبه بتسعة وأربعين جنيها أو أقل أو اشتراه المشترى بستة وخمسين أو أكثر سمى كل منهما مغبونا غبنا فاحشا أما على الرأى الاول فلا يسمى البائع مغبونا غبنا فاحشا فى المثال المذكور الا اذا كان قد باعه بأقل من أربعين جنيها ولا المشترى الا اذا اشتراه بأكثر من ستين جنيها

والغبن اما أن يصاحبه تغرير أولا ــ التغرير نوعان : تغرير قولى وتغرير فعلى . فالقولى هو أن يبالغ صاحب الشىء فى وصفه مبالغة زائدة والفعلى هو أن يعمل فيه مايستوجب غش من يريد أخذه

حكم الغبن فى العقود والتصرفات

حكم الغبن اليسير أنه لايؤثر على العقود مطلقا سواء صاحبه تغرير أم لم يصاحبه الا فى صورة واحدة وهو ما اذا صاحبه تغرير فعلى فانه يجعل المغبون مخيراً بين فسخ العقد وبين أخذ الشىء بكل الثمن . ومثال التغرير الفعلى أن يربط صاحب البقرة أخلافها قبل عرضها للبيع بأيام حتى يظهر ضرعها كبيرا فاذا اشتراها شخص على أنها حلوب اعتمادا على ظاهر حالها فوجد لبنها بعد الحلبة الأولى أقل مما تحلب أمثالها كان مخيرا بين أن يأخذها بكل الثمن وبين أن يردها ويرد قيمة ما أخذه من اللبن . وقد ورد أن النبى عليه الصلاة والسلام جعل القيمة صاعا من تمر حتى لا يحصل كبير خلاف بين البائع والمشترى فى هذه القيمة تسهيلا للمعاملات ورفعا للحرج والمشقة فى تقدير قيمة اللبن فى كل دابة لانه

لاينضبط خصوصا اذا استهلك قبل أن يعانيه أحد المقدرين . ومن باب أولى يعلم أن التغرير الفعلى يؤثر على العقود اذا ترتب عليه غبن فاحش

وحكم الغبن الفاحش مختلف فيه فقال فريق من الفقهاء أنه لايؤثر على العقود مطلقا سواء صاحبها تغرير قولى أم لا . وقال فريق آخر انه يؤثر عليها مطلقا فيجوز للمغبون أن يفسخ أو يجيز وفصل آخرون فقالوا ان صاحبها تغرير أثر عليها والا فلا وهذا هو المعتمد

هذا كله اذا كانت العقود والتصرفات التى حصل فيها الغبن الفاحش فى غير مال الوقف واليتيم فان كانت فى مال واحد منهما فلا يصح العقد باتفاق مراعاة لمصلحة الوقف واليتيم (١)

---

(١) الغبن الفاحش قانوناً

الغبن الفاحش ذكره القانون فى مادتى (٦٣٦ و٦٣٧) وهو مقدر بأكثر من خمس ثمن المبيع نقصا فى البيع وزيادة فى الشراء ويدل صريح المادتين المذكورتين على أن الغبن لايفسد العقود مهما كان عظيما فلا يملك المغبون فسخ العقد بسبب الغبن بدون رضا العاقد الآخر متى توفرت فيه شروط الأهلية لان مثل هذا يجب أن يتحمل نتائج عمله فان لم تتوفر فيه شروط الاهلية بأن كان قاصر اجاز له أن يطلب تكملة الثمن الذى باع به فى ظرف سنتين بعد بلوغه الرشد فان لم يستعمل حقه فيهما بطل ولورثته اذا مات ما كان له فى ظرف سنتين أيضا من تاريخ وفاته وجواز طلب التكملة مشروط فيه أن يكون المبيع عقارا وليس لولى المال هذا الحق اذا غبن فى تصرفه فى مال القاصر . ولم يرد فى القانون مايفيد منح هذا الحق لغير القاصر من المحجور عليهم (ولكن جاء فى حكم الاستئناف المختلط الصادر فى ١٩ ابريل سنة ١٨٨٩ مجموعة القوانين والأحكام المصرية جزء أول صفحة ١١٥) مانصه: (يجب أن يكون مثل المحجور عليه كمثل القاصر فيما يتعلق بدعوى طلب تكملة الثمن بسبب =

الغلط الواقع فى العقود

اذا حصل غلط من أحد المتعاقدين فى عقد من العقود بأن ذكر فيه شىء غير حقيقى فلا يخلو هذا الغلط من أن يكون فى جنس المعقود عليه أو فى وصفه فان كان الغلط فى جنسه بأن قال بعتك هذا الثوب الحرير أو الفص الياقوت بكذا وقال الآخر قبلت فاتضح ان الثوب قطن أو الفص زجاج تعلق العقد بما سماه و بطل لانعدام المسمى وهو الحرير والياقوت

= الغبن ولكن يسقط حقه كما يسقط حق القاصر بمضى سنتين من تاريخ رفع الحجر ومواعيد سقوط الحق ليست قابلة للايقاف أو الانقطاع مالم يكن هناك استثناءات مخصوصة نص القانون عليها

ولا فرق فى هذا الغبن بين أن يكون فيه تغرير قولى أولا لانه جاء فى صفحة ١٣٣ مانصه (ولا يعد من التدليس مبالغة التجار فى صفات سلعهم بالاعلانات وغيرها) أما اذا كان الغبن مبينا على تدليس وغش بأن صاحبه تغرير فعلى كما اذا ربط أخلاف البقرة ليظهر ضرعها كبيرا أو استعمل الكذب والخداع حتى أدخل الغش على المتعاقد معه فان العقد يكون فاسدا شرعا وقانونا ويجب فسخه

شرط التدليس المعدم للرضا مبين بالمادة (١٣٦) ونصها (التدليس موجب لعدم صحة الرضا اذا كان رضا أحد المتعاقدين مترتبا على الحيل المستعملة من المتعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى) ويترتب على هذه المادة أنه لايستنتج التدليس والغش من قرائن الأحوال لان الاصل فى العقود الصحة ولايثبت غيره الا بدليل وأن مجرد عدم الاخبار بأمر لايعد غشا فى مسائل العقود والتصرفات بل يلزم لوجود هذا الغش الاخبار كذبا بأمر لم يكن (المحاكم سنة ١٧ صفحة ٣١٢١)

وان كان الغلط فى وصفه بأن قال ليلا بعتك هذا الحصان الاحمر فاذا هو أسود أو فص الماس الابيض فاذا هو أصفر تعلق العقد بالمسمى ووقع صحيحا ولكن المشترى يكون مخيرا بين أخذه بكل الثمن وبين فسخ العقد لفوات الوصف المرغوب فيه (١)

---

(١) حكم الغلط الواقع فى العقود قانونا

حكم الغلط الواقع فى العقود قانونا أنه مبطل لها فقد جاء فى المادة (١٣٤) مانصه (الغلط موجب لبطلان الرضا متى كان واقعا فى أصل الموضوع المعتبر فى العقد) وجاء فى الشرح صفحة ١٣٢) أن الغلط يفسد الرضا ولا يبطله وقد فرق بين الباطل والفاسد تبعا لمذهب الامام الاعظم . وحصر الغلط المفسد للعقود فيما يأتى :

(١) — الغلط الواقع فى شخصية المتعاقد معه اذا كانت شخصيته هى المعتبرة فى العقد كما لو تعاقد مع شخص يظنه فلانا المشهور بدقة صناعته ثم ظهر أنه غيره

(٢) — الغلط فى ماهية المعقود عليه كما اذا اشترى سبيكة على أنها ذهب فاذا هى نحاس

(٣) — الغلط فى صفات الشىء التي تجعل له قيمة خاصة وتميزه عن غيره كما اذا اشترى صورة على أنها من رسم فلان الشهير ثم ظهر أنها من رسم غيره

واذا رضى المشترى بالمبيع مع الغلط ووضع يده عليه بعد علمه به سقط حقه فى الفسخ ووجب عليه كل الثمن . وأما الغلط فى القيمة فلا يعد عيبا مفسدا للرضا مادام قد صدر من ذى أهلية (انظر الغبن الفاحش) وليس فى ذلك كله ما يخالف أحكام الشريعة الغراء الا فى حالة ما اذا كان الغلط فى ماهية المعقود عليه فانه يقع العقد باطلا شرعا ولا تصح اجازته

بقية شروط العقود على العموم

(٢ — ٣ — ٤ محل العقد وفائدته . وقصد شرعيته)

(٢) محل العقد

محل العقد هو المعقود عليه وهو اما أن يكون مالا أو منفعة أو عملا ويرد على كل منها كثير من العقود والتصرفات ومن ذلك تنوعت أسماؤها . وذلك أن العقد الوارد على الأعيان المالية اما أن يرد عليها لتمليكها فى الحال بعوض مالى ويسمى بيعا . أو لتمليكها فى الحال بلا عوض ويسمى هبة . أو لتمليكها بعد الموت بلا عوض ويسمى وصية . أو لحفظها ورد عينها ويسمى وديعة . أو لاستهلاكها ورد مثلها ويسمي قرضا . أو لحبسها بدينه حتى يأخذه ويسمى رهنا . أو لادائها عن غيره مع عدم براءة هذا الغير ويسمى كفالة . أو لأدائها عن غيره مع براءة هذا الغير ويسمى حوالة . أو لاستغلالها ويسمى شركة . أو مضاربة

والعقد الوارد على المنافع اما أن يرد عليها لتمليكها بعوض ويسمى اجارة أو لتمليكها فى الحال بلا عوض ويسمى اعارة . أو لتمليكها بعد الموت بلا عوض ويسمى وصية بالمنفعة .

والعقد الوارد على العمل اما أن يكون بعوض فى الحال ويسمى اجارة والعامل يسمى أجيرا . أو بعوض فى المآل مما تنبته الأرض ويسمى مزارعة . أو بعوض كما ذكر مما تثمر الاشجار ويسمى مساقاة أو بغير عوض ويسمى وكالة

ويشترط فى محل العقد على اختلاف أنواعه لصحة هـذه العقود أن يكون قابلا لحكم العقد فان لم يقبله لا يصح [(١)]

(٣) فائدة العقد

يشترط لصحة العقد أن يكون فيه فائدة فان خـلا عنها أصلا لايصح العقد كما اذا ورد على بيع جنيه بمثله استويا وزناووصفا . أو على بيع كل من الشريكين نصيبه الشائع بنصيب شريكه الشائع أيضا فى العين التى حصل التبايع فيها اذا كان نصيب كل منهما مساويا لنصيب الآخر

(٤) قصد شرعية العقد

قد يكون فى العقد فائدة ولـكنها ليست معتبرة شرعا لـكونها لايعتد بها فى نظر العقلاء من الناس فان كانت الفائدة التى فى العقـد

---

(١) محل العقد قانونا

محل العقد قانونا مذكورة شروطه العامة فى المادة (٩٥ ونصها (يجب أن يكون الغرض من التعهد فعلا ممكنا جائزا والا كان باطلا فان كان الغرض منه اعطاء شئ وجب أن يكون ذلك الشئ مما يجوز التبايع فيه ولزم تعيينه ولو بالنوع وأن يكون صنفه مبينا بكيفية تمنع الاشتباه على حسب الاحوال (ويترتب على هذه المادة أن من تجاوز حدود القانون وعبث بالنظام العام يجب ارجاعه اليه والضرب على يده . وكلما أخذ بعقد باطل وجب رده الى صاحبه (المحاكم سنة ١٢ صفحة ٢٥١٧)

وقد زاد شارح القانون على ماجاء فى المادة قسما ثالثا لمحل العقد وهو : التعهد بالامتناع عن أمر فى منفعة المتعهد اليه كعدم صنع سلعة معينة لغيره (صفحة ١٣٤)

من هذا النوع فلا يصح كما اذا استأجر انسان ثوبا لاليلبسه بل ليضعه على يده ذها واياباً حتى يقول من يراه ان فلانا له ثوب جميل أو استأجرت امرأة الجواهر والاحجار الكريمة لا لتزين بها بل لتريها لخاطبيها وخاطباتها في خزائن منزلها لتتوفر دواعي الرغبة في الاقتران بها الى غير ذلك من أنواع العقود التي فيها فائدة ولكنها غير مقصودة شرعا لأن الشرع حكيم لايعتبر من الأشياء الا ما كانت فائدته مما يقصدها العقلاء [1]

أقسام العقود والتصرفات

للعقود والتصرفات باعتبار نوعها أقسام. وباعتبار وصفها أقسام. وباعتبار صيغتها أقسام . واليك بيان كل

(١) أقسام العقود والتصرفات باعتبار نوعها

تنقسم العقود والتصرفات باعتبار نوعها الى سبعة أقسام وهي :

---

(١) فائدة العقود وكون الفائدة مقصودة للعقلاء قانونا

كل ماورد في هذا المبحث هو مانصت عليه المادة (٩٤) ونصها «يشترط لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانونا.» ومنها يؤخذ أن جميع العقود والالتزامات تعتبر صحيحة اذا كانت لاتخالف القانون ولاتخل بالنظام العام والآداب وجرت العادة على حصول مثلها ويجب نفاذها. وعلى من يدعي عدم صحتها الاثبات سواء كانت مقيدة أم غير مقيدة وسواء كانت فائدتها مما يقصدها العقلاء أو مما لايقصدها وسيأتي زيادة بيان لهذا الموضوع (في التعهدات الشرطية)

أولا – المعاوضات : سواء أكانت معاوضة مال بمال أم مال بمنفعة والامثلة ظاهرة . أم مال بغير مال بل بحق من الحقوق كالزواج والخلع فان المهر فى الزواج مقابل بحق الاستمتاع بالزوجة واختصاص الزوج بها . وبدل الخلع مقابل بافتداء العصمة واطلاق حرية الزوجة بعد التقييد بمشيئة الزوج

ثانيا – التبرعات : كالهبة والوصية والوقف والاعارة والابراء

ثالثا – مايكون تبرعا فى الابتداء ومعاوضة فى الانتهاء كالقرض . والكفالة بأمر المكفول عنه . والحوالة بأمر المحيل اذا كان المحال عليه غير مدين

رابعا – الالتزامات : كالحوالة . والكفالة . وحفظ الودائع

خامسا – الاطلاقات : كالاعارة . والوكالة . والمضاربة . والقضاء والطلاق . والايصاء . والاذن للصبى المميز ومن يلحق به بالتجارة .

سادسا – التقييدات : كعزل الوكيل . والقاضى . والحجر على الصبى المأذون ومن فى حكمه

سابعا – الاسقاطات : كالوقف . والطلاق . والابراء . وتسليم الشفعة بعد ثبوتها . ومما ذكر يعلم أن للعقود والتصرفات أكثر من اعتبار واحد فقد اعتبرنا الطلاق اطلاقا واسقاطا . واعتبرنا الوقف والابراء تبرعا واسقاطا

(٢) أقسام العقود والتصرفات باعتبار وصفها

تنقسم العقود والتصرفات باعتبار وصفها الى قسمين : عقود

صحيحة . وعقود غير صحيحة . وتنقسم العقود والتصرفات الصحيحة الى ثلاثة أقسام : موقوفة . ونافذة غير لازمة . ونافذة لازمة . وقد يكون العقد نافذاً لازماً من جهة أحد المتعاقدين ونافذا غير لازم من جهة الآخر . وتنقسم العقود والتصرفات غير الصحيحة الى قسمين : عقود وتصرفات باطلة . وعقود وتصرفات فاسدة

بيان العقود والتصرفات الصحيحة

وأحكامها

(١) العقود والتصرفات الموقوفة وحكمها

العقود والتصرفات الموقوفة هي التي تصدر من واحد من المحجور عليهم السابق بيانهم أو من الفضولى أو هى التي يكون فيها محل العقد مرهونا أو مستأجرا وحكمها أنه لايظهر أثرها فى المعقود عليه الا بعد اجازتها اجازة معتبرة شرعا ممن له حق الاجازة . ومعنى كون هذه العقود موقوفة أنها لاتوصف بنفاذ ولا ببطلان الا بعد الاجازة أو الفسخ ممن له الشأن فى ذلك

وقال الامام الشافعي ان عقد الفضولى باطل لانه لم يصدر عن ولاية شرعية وهي الملك أو الاذن فصار المعقود عليه بالنسبة له معدوما وبيع المعدوم باطل

واستدل الامام أبو حنيفة وأصحابه ومن وافقهم كالامام مالك على انعقاد بيع الفضولى صحيحا موقوفا على الاجازة بما روى من أن

النبي صلى الله عليه وسلم أعطى حكيم بن حزام دينارا ليشترى به أضحية فاشترى شاة ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له بارك الله لك في صفقتك فأما الشاة فضح بها وأما الدينار فتصدق به — ولو كان تصرفه الذى لم يأذن فيه وهو بيع الشاة وشراء غيرها باطلا لما أقره النبي صلى الله عليه وسلم لأنه المشرع والمبين للصحيح وغيره من الأحكام

(ب) حكم العقود والتصرفات النافذة غير اللازمة

حكم العقود والتصرفات الصحيحة النافذة غير اللازمة من الجانبين وهى ما كان فيها الخيار لكل من المتعاقدين ان كانت من عقود المعاوضات وما كانت من عقود التبرعات أنها لايلتزم بها أحد من المتعاقدين ويجوز لكل منهما فسخها ولو بدون رضا الآخر . وحكم جميع عقود التبرعات أن المعقود عليه فيها لا يملك الا بالقبض التام ولا تصح الا من تام الاهلية فان كانت غير لازمة من جهة أحد المتعاقدين ولازمة من جهة الآخر فلا يلتزم الاول بشيء مما يترتب على العقد ويجوز له فسخه ولو لم يرض الآخر ويلزم الثانى بكل ما يترتب عليه ومثال هذه العقود الكفالة والرهن فانهما لازمان من جهة الكفيل والراهن وغير لازمين من جهة المكفول له والمرتهن

(ج) حكم العقود والتصرفات اللازمة من الجانبين

حكم العقود والتصرفات اللازمة من الجانبين وهى الواردة على

الاعيان المالية أو على منافعها بعوض مع استيفائها جميع الشرائط أنه يلتزم كل من المتعاقدين بما تعهد به للآخر ولايجوز لاحدهما فسخ العقد بدون رضا الآخر ويترتب عليه ثبوت الملك فى البدلين لكل من المتعاقدين فان كان بيعاً التزم كل واحد بتسليم ماعنده للآخر وان كان اجارة التزم مالك العين أو النائب عن مالكها بتسليمها للمستأجر والتزم المستأجر بتسليم ماوجب من الأجرة لمن تعاقد معه

بيان العقود والتصرفات غير الصحيحة

وحكمها

(١) العقود والتصرفات الباطلة وحكمها

الباطل من العقود والتصرفات هو ماليس مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه ومعنى كونه غير مشروع بأصله أنه فقد شيئا مما يتحقق به ومعنى كونه غير مشروع بوصفه أنه بعد انعقاده فقد شيئا مما لا يصير صحيحا الا به وكل عقد لايكون مشروعا بأصله لايكون مشروعا بوصفه ولا عكس لأن غير المنعقد لايكون صحيحا وقد يكون غير الصحيح منعقداً كالبيع الفاسد فانه منعقد وغير صحيح . وبعبارة أخرى الباطل هو ماحصل خلل فى ركنه أو فى محله

فالخلل الذى يحصل فى الركن أى الصيغة هو أن يكون أحد العاقدين فاقد أهلية التصرف . أو يخالف القبول الايجاب مخالفة مضرة أو يختلف مجلس العقد

والخلل الذى يحصل فى المحل أى المعقود عليه هو ألا يقبل حكم العقد بأن كان معدوما الا ما استثناه الفقهاء من بيع السلم والاستجرار وما تتلا حق آحاده . وسيأتى بيانها فى كتاب البيع ان شاء الله تعالى أو كان موجوداً ولـكنه ليس بمال أصلا كالميتة . أو كان مالا ولـكنه غير متقوم كالخمر والخنزير أو مالا متقوما ولـكنه غير مملوك فى نفسه كالطير فى الهواء والسمك فى البحر وعلى العموم فمتى انعدم شرط من شروط انعقاد أى عقد كان باطلا . وشروط انعقاد أى عقد ، وغيرهامن الشروط الخاصة بعقد دون عقد مبينة ضمن مباحث العقود المعينة

وحكم العقد الباطل أنه لايترتب عليه شئ أصلا فان كان بيعا فلا يملك المشترى المبيع ولا البائع الثمن ولو قبضه كل منهما برضا الآخر ويجب على كل واحد أن يرد ما أخذه الى صاحبه ان كان موجوداً فان أهلكه من أخذه ضمنه بمثله ان كان مثليا و بقيمته يوم قبضه ان كان قيمياً .أما اذا هلك بدون تعد ففيه خلاف بين الامام وصاحبيه . فالامام يقول بأنه لاضمان فيه على من هلك عنده لانه أمانة فى يده ودليله على ذلك أن العقد لما بطل لم يبق الا مجرد القبض بالاذن فصار الشئ كالوديعة وهى أمانة لاتضمن الا اذا هلـكت بالتعدى والصاحبان يقولان بأنه يضمنه بما ذكر من المثل أو القيمة .واستدلا على ذلك بأنه مقبوض على أنه مملوك لقابضه والأمانة تقبض على ملك صاحبها وكلا القولين صحيح فيرجح القاضى مايراه موافقا . هذا كله اذا هلك بآفة سماوية أو بفعل المبيع بأن يكون حيوانا اختنق برسنه فان هلك بفعل أجنبى فعلى رأى الامام يضمنه البائع قيمته يوم الهلاك ان كان قيمياً ومثله ان كان

مثلياً وعلى رأيهما يضمن البائع المشترى ذلك يوم القبض وهو يرجع على الاجنبى بما ضمن أو يضمن الاجنبى ماذكر يوم الهلاك ولا يرجع على أحد بشيء — ومن العقود الباطلة عقود الهازل التى تحتمل الفسخ على أصح الاقوال لعدم القصد قياساً على عقد الصبى الذى لا يعقل والمجنون أما العقود التى لاتحتمل الفسخ فتقع صحيحة ولا يبطلها الهزل لقوله عليه الصلاة والسلام « ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق »

(ب) العقود والتصرفات الفاسدة وحكمها

الفاسد من العقود والتصرفات ما كان مشروعا بأصله دون وصفه وبعبارة أخرى هو مالم يحصل خلل فى ركنه ولافى محله ولكن حصل خلل فى أوصافه . ومثال الخلل الذى يحصل فى أوصاف العقد جهالة المبيع أو الثمن أو مدة الاجل أو مدة خيار الشرط جهالة فاحشة تؤدى الى النزاع . أو عدم القدرة على التسليم . أو خلو العقد من الفائدة . أو كانت فائدته غير مقصودة شرعا . أو اقترانه بشرط فاسد وسيأتى بيانه فى مبحث اقتران العقد بالشرط

وحكم العقد الفاسد أنه لايفيد الملك الا بالقبض التام وهو ما كان بالرضا صراحة أو دلالة ولكن هذا الملك الذى يستفاد بالقبض يعتبر ملكا خبيثا ويجب على كل من المتعاقدين فسخ العقد ورد ما أخذه ان كان موجوداً وكان الرد ممكنا فان لم يكن موجوداً بأن هلك عند المشترى بفعله أو بآفة سماوية . أو حصل فيه ما يمنع الرد بأن زاد عنده

زيادة متصلة غير متولدة . أو تعلق به حق الغير بأن باعه أو وهبه وسلمه أو أوصى به وتنفذت الوصية ضمنه المشترى بمثله ان كان مثليا وبقيمته يوم قبضه ان كان قيميا - وعلى القاضى اذا علم بفساد العقد أن يفسخه جبرا على المتعاقدين ازالة للمنكر شرعا مادام الفسخ ممكنا

(٣) أقسام العقود والتصرفات باعتبار صيغتها

قبل التكلم على هذه الاقسام نبين ما هى الصيغة وماذا يكون الحكم اذا لم تدل على مايقصده المتعاقدان بالتعاقد فنقول :

صيغة كل عقد هى الاقوال الدالة عليه أو ما يقوم مقامها من الكتابة عند تفرق المتعاقدين . أو الاشارة المعروفة للأخرس . أو التعاطى وهو الاخذ والاعطاء بدون كلام

ومتى كان المقصود من العقد مستفاداً من الصيغة فالامر ظاهر وان كان غير مستفاد منه بأن قال شخص لآخر أعرتك هذا الاردب القمح مدة شهر وقال الآخر قبلت فلا يلتفت الى قول الموجب أعرتك بل يعتبر المعنى المقصود من العقد ويعطى له الحكم الذى يناسبه ولكون الانتفاع بالاردب القمح لايتصور الا باستهلاكه اعتبر العقد عقد قرض لا عارية لان العارية هى التى يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها والقرض ليس كذلك . وان قال شخص لآخر أقرضتك هذه الدابة لتركبها يوماً فقال قبلت يعتبر العقد عقد عارية لا عقد قرض . وهذا متفرع على قاعدة « العبرة فى العقود بالمقاصد والمعانى لا بالالفاظ والمبانى غالبا » وفرعوا على ذلك أيضاً قولهم ان الكفالة بشرط براءة ذمة المدين

حوالة . والحوالة بشرط عدم براءة المدين كفالة . وبيع الوفاء رهن .
ومن غير الغالب تكون العبرة بالالفاظ كالبيع بدون ثمن فلا يعتبر هبة
بل يعتبر بيعاً باطلا ان نص فى العقد على نفى الثمن وبيعاً فاسداً ان
سكت عن الثمن ومثله الاجارة

وتنقسم العقود والتصرفات باعتبار صيغتها الى أربعة أقسام : منجزة
ومعلقة على الشرط . ومقترنة بالشرط . ومضافة الى الزمن المستقبل

(١) العقود والتصرفات المنجزة

العقود والتصرفات المنجزة هى التى صدرت بصيغة مطلقة أى
غير مقيدة بشرط ولا معلقة عليه ولا مضافة الى الزمن المستقبل وذلك
كقول البائع للمشترى بعتك هذا الشيء بكذا فيقول المشترى قبلت

وحكم العقود والتصرفات المنجزة أنها تنعقد فى الحال ويترتب
عليها أثرها . ويجب أن يكون العقد منجزا متى كان واردا على مايمكن
تمليكه فى الحال والقاعدة العامة لذلك أن كل ما يمكن تمليكه فى الحال
لايصح تعليقه على الشرط ولا اضافته الى الزمن المسنقبل كالبيع والهبة
والزواج وقسمة الاعيان

(ب) العقود والتصرفات المعلقة على الشرط

المعلق على الشرط من العقود والتصرفات هو ما جعل حصوله
مترتبا على حصول شيء آخر بأداة من أدوات الشرط

والتعليق هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة
أخرى باحدى الأدوات الشرطية فمثلا لو قال شخص لآخر ان لم

يؤد فلان لك الدين الذى عليه فى يوم كذا فأنا كفيل به فقال الآخر قبلت كان عقد الكفالة هذا معلقا أي أنه يتأخر انعقاد العقد سببا فى حصول الكفالة الى وجود المعلق عليه وهو فى هذا المثال عدم دفع الدين فى اليوم المعين . وبناء على ذلك لا يطالب الكفيل بشيء الا بعد عدم الدفع فى اليوم المحدد له

وكل عقد معلق يجب أن يشتمل على جملتين الاولى منهما تسمى فعل الشرط أو المعلق عليه والثانية تسمى جواب الشرط أو المعلق والمعلق عليه اما أن يكون حاصلا بالفعل أو غير حاصل وهذا الاخير اما أن يكون مستحيل الحصول واما أن يكون واجب الحصول فى المستقبل عادة أو ممكن الحصول فيه أى أنه وقت التعليق معدوم يجوز حصوله فى المستقبل وعدم حصوله . فمثال التعليق على الحاصل بالفعل أن تقول ان لم يكن أبي قد ضمن فلانا فأنا ضامن له فيقول الدائن قبلت ويتبين ان أباه لم يكن ضامنا هذا الشخص . وحكم هذا العقد وما ماثله أنه يقع صحيحا ويلغو التعليق لانه صورى والعقد منجز يترتب عليه أثره فى الحال ويشترط فى صحة التعليق على ما هو حاصل بالفعل أن يكون المعلق عليه مما يقبل الامتداد كما فى المثال السابق وكالجلوس والاضطجاع حتى يمكن حصول الصيغة فى زمنه فان كان مما لا يقبل الامتداد كالتعليق على دخول الدار أو الخروج منها وقت حصول كل منهما فلا يكون منجزا بل معلقا على دخول أو خروج آخر لان الزمن الذى يدخل فيه الدار أو يخرج فيه منها لا يقبل الامتداد اذ الدخول عبارة عن الانفصال من الخارج الى الداخل والخروج عكسه وزمن

كل منهما قصيرا جدا . ومثال التعليق على المستحيل أن يقول شخص لآخر اذا شاب الغراب فقد ضمنت لك ما على فلان فيقول الآخر قبلت . وحكم هذا العقد وما ماثله أنه باطل لايترتب عليه شئ أصلا لأن الغرض من التعليق على المستحيل انما هو تأكيد نفي العقد المعلق - ومثال التعليق على ماهو واجب الحصول أو جائزه في المستقبل أن يقول شخص لآخر اذا أشرقت الشمس أو أمطرت السماء غدا فقد أجرتك أرضى أو وكلتك في تأجيرها فيقول الآخر قبلت وحكم هذا التعليق يختلف باختلاف أنواع العقود

وذلك أن العقود والتصرفات بالنسبة لقابليتها للتعليق وعدم قابليتها على ثلاثة أقسام

الأول - مالا يصح تعليقه على الشرط مطلقا أى سواء كان الشرط ملائما للعقد أم غير ملائم له ويشمل هذا القسم مايأتى (١) مبادلة المال بالمال . أو المال بالمنفعة . أو المال بغير المال (٢) التبرعات سواء أكانت تبرعات في الابتداء والانتهاء أم تبرعات في الابتداء ومعاوضات في الانتهاء (٣) التقييدات (٤) الرهن والاقالة وهى رفع العقد اللازم بالتراضى

الثانى - ما يصح تعليقه على الشرط مطلقا أى سواء كان الشرط ملائما أو غير ملائم ويشمل مايأتى (١) الاسقاطات المحضة كالطلاق . وتسليم الشفعة . أما الاسقاطات التى فيها شبه بالتمليكات كالوقف والابراء من الدين فلا يصح تعليقها على الشرط (٢) الالتزامات التى يحلف بها كالحج والصلاة والصوم (٣) الوكالة والقضاء والايصاء أى اقامة الوصى (من عقود الاطلاقات) . ثم ان كان الشرط ملائما ومناسبا

للعقد كان معتبرا ووجب العمل به واذا كان غير ملائم بطل الشرط وصح العقد

الثالث ـ مايصح تعليقه على الشرط الملائم فقط ويشمل ما يأتى :

(١) الالتزامات التى لايحلف بها كالحوالة والكفالة (٢) ما بقى من الاطلاقات وهو الاذن للصبى بالتجارة . فان كان الشرط المعلق عليه غير ملائم فسد العقد

والقاعدة العامة لجميع ماذكر أن كل مايمكن تمليكه فى الحال لا يصح تعليقه على الشرط ولا اضافته الى الزمن المستقبل

ومما تقدم يتضح أن التعليق على الشرط لايكون صحيحاً معتبراً الا اذا كان العقد مما يصح تعليقه على الشرط وكان المعلق عليه أمراً مستقلا سواء كان واجب الحصول أو جائزه . فان كان العقد مما لا يصح تعليقه على الشرط ينظر فان كان المعلق عليه حاصلا بالفعل اعتبر صحيحاً والتعليق صوريا . وان كان مستحيل الحصول كان العقد باطلا . وان كان واجب الحصول أو جائزه كان فاسداً

(ج) العقود والتصرفات المقترنة بالشرط

الشرط ما كان خارجا عن ماهية الشئ وحقيقته ولكن يتوقف عليه وجود المشروط والغرض من الاتيان به الزام أحد العاقدين الآخر بشئ والتزام هذا الآخر به والملزم هو المشترط والملتزم هو قابل العمل بمقتضى الشرط . والشرط ثلاثة أقسام

الاول ـ الشرط الصحيح وهو أربعة أنواع

(١) مايقتضيه العقد أى مايدل عليه ولو لم يذكر فيه كاشتراط تسليم المبيع وتسلم الثمن . أو الانفاق على الزوجة

(٢) مايلائم العقد ويؤكد موجبه كاشتراط أخذ رهن أو كفيل بالثمن حتى يؤديه المشترى

(٣) ماورد بهالشرع كشرط الخيار.وشرط تأجيل الثمنأوتقسيطه

(٤) ما جرى به العرف كاشتراط اصلاح الساعة المبيعة سنة أو اصلاح الملابس المشتراة حتى تكون بشكل مخصوص

الثانى ـ الشرط الفاسد وهو الذى لايقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يرد به الشرع . ولا جرى به العرف وفيه نفع لأحد المتعاقدين أو لآدمى غيرهما كاشتراط البائع أن ينتفع بالمبيع سنة . وقال الامام مالك بصحة هذا العقد والشرط وتعتبر المنفعة جزءا من الثمن وهو ظاهر

الثالث ـ الشرط الباطل أو اللغو وهو الذى لايقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يرد به الشرع ولا جرى به العرف ولا نفع فيه لأحد من المتعاقدين أو غيرهما من أهل الاستحقاق كأن يشترط البائع عدم انتفاع المشترى بالمبيع أو انتفاعه به

والمقترن بالشرط من العقود هو ما حصل أولا منجزا ثم أتبع بشرط يلتزم به أحد المتعاقدين زيادة عن البدل

وحكم العقود والتصرفات المقترنة بأحد هـذه الشرط يختلف باختلافها وباختلاف الشرط المقترنة به .وذلك أن العقود اما أن تكون واردة على الاعيان المالية أو على منافعها . واما أن تكونوا ردة على غيرها ـ

فإن كانت واردة على الأعيان المالية كالبيع والقسمة والصلح عن مال بمال . أو على منافعها كالاجارة والمزارعة والمساقاة واقترنت بشرط يكون حكمه كما يأتى :

(١) — اذا كان الشرط الذى اقترنت به صحيحا صحت هى والشروط ووجب العمل بها

(٢) — اذا كان الشرط فاسدا فسدت

(٣) — اذا كان باطلا صح العقد ولغا الشرط

وان كانت واردة على غير ماذكر واقترنت بالشرط أيا كان نوعه وقعت صحيحة . ثم ان كان الشرط صحيحا وجب العمل به وان كان فاسداً أو باطلا صح العقد ولغا الشرط

(د) العقود والتصرفات المضافة الى الزمن المستقبل

العقود والتصرفات المضافة الى الزمن المستقبل هى التى لم يقصد حصول حكمها فى الحال بل قصد حصوله عند مجئ الزمن المضافة اليه. كما اذا قال شخص لآخر أجرتك دارى سنة من أول السنة الهجرية المقبلة . وقال المستأجر قبلت فان هذه الاجارة تنعقد سببا فى الحال لملك المستأجر المنفعة والمؤجر الأجرة المعينة . ولكن لايترتب عليه حكمه وهو الانتفاع بالفعل واستحقاق الأجرة فى الحال بل يترتب حكمه عن ابتداء السنة المذكورة

والاضافة هى عبارة عن جعل سبب العقد مفضيا الى حكمه وقت حلول الزمن المضاف اليه

والعقود من جهة صحة اضافتها الى الزمن المستقبل وعدم صحتها على ثلاثة أقسام :

(١) مالا يصح اضافته الى الزمن المستقبل مطلقا وهو كل ما يمكن تمليكه فى الحال السابق بيانه فى التعليق على الشرط

(٢) ما يصح أن يكون منجزا أو أن يكون مضافا الى الزمن المستقبل كالاجارة والعارية وجميع العقود والتصرفات التى من قبيل الالتزامات والاسقاطات والاطلاقات ماعدا الايصاء

(٣) مالا يصح الا مضافا كالوصية والايصاء (١)

---

(١) أقسام العقود والتصرفات قانونا

يؤخذ من مواد القانون المدنى من ابتداء مادة (٣٦) الى نهاية التعهدات والالتزامات أن للعقود أقساما كثيرة منها ما ورد صريحا لكثرة تداوله بين الناس فى معاملاتهم ومنها ماذكره شارح القانون مما يؤخذ ضمنا من مجموع مباحث القانون. الا أن القانون وشرحه عبرا عن العقود والتصرفات بالتعهدات والالتزامات وسنورد الاقسام على حسب تعبيرهما . فالتى وردت صراحة من أقسام التعهدات والالتزامات ستة وهى :

(١) التعهدات التخييرية (٢) التعهدات البدلية (٣) التعهدات الأجلية (٤) التعهدات الشرطية (٥) التعهدات التضامنية (٦) التعهدات المنقسمة وغير المنقسمة

والتى ذكرها الشرح زيادة على ذلك أربعة وهى : (١) التعهدات المتبادلة. والتى من طرف واحد (٢) التعهدات المحققة . والتعهدات الاحتمالية (٣) التعهدات =

= الإصلية والتعهدات التابعة (٤) التعهدات المعينة والتعهدات غير المعينة واليك بيان كل باختصار

(٢) الأقسام المصرح بها فى القانون

(١) التعهدات التخييرية

التعهدات التخييرية مذكورة بالمواد (٩٦و٩٧و٩٩و١٠٠) ونظير هذا المبحث فى الشريعة الغراء هو خيار التعيين المذكور ضمن مباحث كتاب البيع

ويؤخذ من هذا العنوان أن هذه التعهدات يكون فيها المعقود عليه واحدا لا بعينه من أشياء متعددة يرد العقد عليها

ويؤخذ من المادة (٩٦) أن خيار التعيين يكون للمتعهد مالم يرد نص صريح فى التعهد أو القانون يقضى بجعله للمتعهد له أو لغيره كأن يقول شخص بعتك أحد هذه الجمال الثلاثة على أن يكون ثمن أكبرها ثلاثين جنيها وثمن أوسطها عشرين جنيها وثمن أصغرها خمسة عشر جنيها فيقول المشترى قبلت فحينئذ يكون حق تعيين أحدها للبائع كما اذا اشترط الخيار لنفسه فان قال البائع للمشترى ولك الخيار فى تعيين أحدها وقبل المشترى كان الخيار له

ويؤخذ من مادة (٩٧) التى نصها « اذا صارت احدى الكيفيات المعينة للتنفيذ لا يمكن الحصول عليها فيكون قاصراً على الكيفية الممكن تنفيذ التعهد بها » أنه اذا كان خيار التعيين للمتعهد وهلك أحد الشيئين فى يده بدون تعديه أو لم يبق من محل العقد الا واحد فهلاكه على المتعهد وألزم باعطاء الذى لم يهلك للمتعهد له . وجاء فى الشرح أنه اذا هلك الجميع بدون تعد انفسخ العقد لاستحالة التنفيذ . وأنه اذا أهلك المتعهد بعضها تعديا فعليه قيمته وألزم بالثانى . واذا أهلك الجميع تعديا أو هلكت بسبب تقصيره واهماله ألزم بقيمة الأخير لان التعهد صار مقصورا عليه . واذا هلك البعض بتقصيره والبعض بدون تقصيره وكان =

تقصيره حاصلا فى هلاك الأخير فعليه قيمته . وان كان تقصيره فيما هلك أولا فلا شيء عليه لان حق المتعهد له قد أصبح قاصراً على الشيء الباقى فاذا هلك بقوة قاهرة فلا شيء على المتعهد — هذا كله اذا كان الهلاك بالتعاقب . أما حكم ما اذا هلك الجميع بتعدى المتعهد دفعة واحدة أو لم يعلم ماهلك أولا كما اذا هدم المكان الذى فيه الاشياء المعقود عليها أو أحرقه فهلكت جميعها فلم يتعرض له القانون ولا شرحه والظاهر أنه يضمن نصف قيمة الشيئين فان كان التعهد وارداً على أكثر من ذلك كان الضمان من كل واحد بنسبة عدد ماتعهد به فان كان ثلاثة أشياء ضمن ثلث قيمة كل واحد وان كان أربعة ضمن ربعه وهكذا كما لم يتعرضا لحكم ما اذا تعيب الجميع دفعة واحدة أو متعاقبا — ويؤخذ أيضا من المادة المذكورة أنه اذا كان من ضمن الاشياء مالا يجوز التعاقد عليه بطل التعهد بالنسبة له وصح فى غيره وان لم يبق الا واحد بطل خيار التعيين ووجب تسليمه للمتعهد له لصيرورة العقد بسيطا . (هذا ليس على اطلاقه فى الشريعة الغراء بل فيه تفصيل يذكر فى البيع الباطل)

ويؤخذ من مادة (٩٩) أنه اذا كان الخيار للمتعهد له وصار طريق من طرق الوفاء غير ممكن بأن هلك أحد الشيئين وبقى الآخر كان الخيار للمتعهد له بين أخذ الباقى لأنه هو الممكن الوفاء به وبين طلب التعويض المترتب على عدم الوفاء بالطريق الآخر . وما قيل فى حالة وجود ما لا يصح التعاقد عليه حينما يكون الخيار للمتعهد يقال هنا

ويؤخذ من مادة (١٠٠) أنه اذا كان الخيار للمتعهد له أيضا وصار الطريقان المعينان للوفاء غير ممكنين بتقصير للمتعهد فحق الخيار للمتعهد له لم يزل باقيا بين التعويضين المعينين لعدم الوفاء . وقال فى الشرح أنه اذا هلك الكل بقوة قاهرة انفسخ العقد لاستحالة التنفيذ . واذا هلك الأخير فقط بتقصيره والباقى بقوة قاهرة فعلى المتعهد دفع قيمة الاخير واذا هلك الاول بتقصيره والباقى بقوة قاهرة كان الخيار للمتعهد له فى أخذ قيمة الأول أو الثانى لأن حق المتعهد له فى

= الخيار لم يسقط الا بسبب تقصير الملتزم ولولا تقصيره لبقى الشيء الأول .
وحينئذ الاحكام تخالف فى بعض صورها أحكام الشريعة الغراء لأن هلاك الشيئين أو الاشياء تحت يد البائع سواء كان بتعديه وتقصيره أو بدون تعد ولا تقصير يبطل العقد ان هلك الجميع ولا يجعل للمشترى أى حق قبل البائع الا حق استرداد الثمن ان كان أداه ولو كان الخيار له . وستأتى أحكام ذلك شرعا فى خيار التعيين

(١) التعهدات البدلية

يؤخذ حكم التعهدات البدلية من المادة (٩٨) وهى التى يكون موضوعها شيئا واحدا مقررا حكمه فى القانون أو متفقا عليه بين المتعاقدين وهذا الشيء يكون جزاء للمتعهد عند عدم وفائه بشيء متعهد به فى الاصل وحكمها أن الخيار يكون للمتعهد له فى طلب وفاء التعهد الاصلى أو التعهد الجزائى بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفا رسميا وينبنى على ذلك ما يأتى

(١) اذا تعهد شخص بأمر وشرط أنه ان لم يقم به يدفع كذا جزاء فالمتعهد له مخير بين طلب الوفاء بالتعهد الأصلى وبين طلب الجزاء بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفاً رسمياً (القضاء سنة ٣ صفحة ١٤٣)

(٢) الشرط الذى من شأنه أن يجعل كل الدين حالا اذا حصل تقصير فى دفع قسط من الاقساط فى ميعاده المقرر يجب أن يعتبر شرطا فاسخا أى أن العقد ينفسخ اذا كان أحد المتعاقدين لا يقوم بما تعهد به لا تعهداً جزئياً مشتملا على تعويضات متفق عليها بصفة غرامة أو عقوبة يدفعها المدين اذا لم يقم بتنفيذ ما تعهد به أو تأخر فيه . فبناء على ذلك يكون التكليف الرسمى الذى يأمر به القانون فى حالة التعهد الجزائى غير واجب فى مثل هذه الحالة . ومع ذلك اذا رفع الدائن الدعوى على المدين ليطالبه بجميع مبلغ الدين جاز للقاضى بحسب ما يراه من أحوال القضية ومن مقتضى العدالة أن يبقى الدفع بالاقساط فى المواعيد المقررة على حاله اذا لم ينشأ ضرر من ذلك للدائن . (المجموعة الرسمية سنة ٥ صفحة ١٩٥) =

(٣) التعهدات الأجلية

التعهدات الاجلية مبينة بمادتى (١٠١و١٠٢) قال شارح القانون فى تعريف الاجل : الآجل أمر مستقبل محقق يتوقف عليه نفاذ التعهد أو سقوطه ويؤخذ من هذا التعريف أن الأجل قسمان : توقيفى وفاسخ

فالتوقيفى هو الامر الذى يتوقف عليه استعمال الحق المؤجل . ويجب أن يكون الاجل معلوما علما تاما كما اذا اشترى انسان شيئا بثمن مؤجل الى آخر شهر ذى الحجة من هذا العام مثلا فان لم يكن معلوما بطل العقد ويترتب على ذلك أنه لايجوز للبائع مطالبة المشترى بالثمن الا عند حلول الاجل . واذا أداه قبله ظانا أنه قد حل الاجل فلاحق له فى استرداده

والاجل الفاسخ — هو مايترتب على حصوله انفساخ التعهد كما فى المرتبات المقررة لاجل معين أو مدة الحياة : وحكمه بقاء التعهد نافذا الى أن يحل الوقت المعلوم ومتى حل انفسخ التعهد

وقد جاء بالمادة (١٠١) أنه يجوز للمتعهد الوفاء بالدين قبل حلول أجله الا اذا كان العقد يمنع ذلك لان الاصل فى الاجل أن ينتفع به المدين وقد ينتفع به الدائن كما اذا كان للدين فائدة فان الدائن يجوز له أن يمتنع عن قبول الدين المؤجل قبل حلول أجله

وجاء بالمادة (١٠٢) أن الاجل يسقط بأحد شيئين . أحدهما افلاس المتعهد ثانيهما أن يفعل المتعهد مايوجب ضعف التأمينات التى كانت محلا لوفاء التعهد. ومتى سقط الأجل وجب أداء الدين فورا . ولايسقط الاجل بموت من هو له بخلاف الشريعة الغراء فان الاجل يسقط بموته لابموت الدائن

ويترتب على هذه المادة من الاحكام. أنه اذا حصل تبديد أو ضياع فى المنقولات يوجب ضعف التأمين على الايجار استحقت قيمة الايجار ولو لم يكن قد حل أجلها

= وجاز للمؤجر المطالبة بذلك ومنع تبديد التأمين محافظة على حقه الامتيازى. وما يجوز للمؤجر فى الحالة المذكورة من المطالبة ومنع التبديد يجوز لضامن المستأجر الذى له الحق بأن يحل محله حتى ولو كانت اضاعة تأمين الايجار حاصلة من قبل المؤجر نفسه كأن يريد أن يستوفى بها دينا غير الايجار فانه يجوز حينئذ للضامن أن يمنع المؤجر عن عمله هذا الا اذا أبرأه من الضمان (الحقوق سنة ١١ صفحة ١٠٨)

(٤) التعهدات الشرطية

التعهدات الشرطية مبينة بالمواد (من ١٠٣ الى ١٠٦) ويؤخذ من مجموعها أن تعليق التعهدات على الشرط واقترانها بالشرط جائز مادام المعلق عليه غير مستحيل الحصول ومادام لم يصادر نصا قانونيا ولم يخالف النظام العام ولم يخل بالآداب العمومية على حسب التفصيل الآتى فى بيان الشرط غير الجائز

والشرط أمر مستقبل غير محقق يترتب على وجوده أو عدم وجوده وجود التعهد أو منع وجوده أو تأييده أو زواله . وهو نوعان . توقيفى . وفاسخ فالتوقيفى هو مايتوقف لزوم التعهد على تحققه . والفاسخ مايسقط بتحققه التعهد اللازم . وينقسم الشرط الى خمسة أقسام وهى:

(١) — الشرط الجائز والشرط غير الجائز . فالجائز ماأباحه القانون وهو كثير وغير الجائز ما لم يبحه القانون بأن كان مطلوبا به عمل شىء يخالف القانون أو يخل بالآداب العامة . أو مطلوبا به الامتناع عن أمر مأمور به فى القانون أو تدعو اليه الآداب . ومن ذلك جميع مانهى عنه قانون العقوبات . وما يتعلق بالاحوال الشخصية كالزواج والطلاق والنسب . وما يتعلق بالحرية والحياة والدين وما يتعلق بالتصرف فى الاموال الممنوع التصرف فيها منعا كليا دائميا كالوقف فلا يجوز التعليق على شىء منها . وحكم الشرط غير الجائز أنه اذا كان فى عقود التبرعات صح العقد وبطل الشرط عقابا للمتبرع على تشجيعه للناس على مخالفة —

=القانون والاخلال بالنظام والآداب . واذا كان في عقود المعاوضات بطل العقد حتى لايجرأ أحد على التعامل بما يخالف القانون أو يخل بالآداب أو النظام .

(٢) — الشرط الموجب . والشرط السالب : فالموجب مايطلب به فعل . والسالب مايطلب به كف . ويشترط في الموجب أن يكون مباحا وممكنا . وفى السالب أن يكون غير مأمور به قانونا أو أن يكون مما لاتقضى به الآداب

(٣) — الشرط الممكن . وغير الممكن : فالممكن ما كان متعلقا بأمر مقدور للمتعهد . وغير الممكن ما كان متعلقا بأمر غير مقدور له . وحكم الاول أنه يصح ويجب العمل به . وحكم الثانى أنه ان كان فى عقود التبرعات صح العقد ولغا الشرط وان كان فى عقود المعاوضات بطل العقد اذا كان الشرط توقيفيا لانه لاغرض للمشترط الا تأكيد نفى التعهد بتعليقه على غير الممكن كما اذا قال ان شاب الغراب فقد ضمنت لك ماعلى زيد من النقود فان كان الشرط فاسخا لغا الشرط لانه لايكون له أثر فى العقد كما اذا قال اذا صافحت يد الجوزاء أسترد مابعته لك فإنه يفيد تأكيد بقاء التعهد

(٤) — الشرط الصريح . والشرط الضمنى : فالصريح ما ذكر صراحة فى التعهد . والضمنى مايؤخذ منه ضمنا . ولا يوجد هذا الشرط الا فى التعهدات المتبادلة ولا يكون الا فاسخا

ومتى تحقق الشرط الصريح ترتب عليه أثره بدون حاجة الى انذار أو دعوى. وأما الشرط الضمني فلا يترتب عليه أثره وهو فسخ العقد ان لم يقم المتعهد بالوفاء به بل لابد من طلب تنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض وللقاضى النظر فى ذلك . وللمتعاقدين جعل هذا الشرط صريحا فى العقد ولا يترتب عليه حينئذ أثره بمجرد عدم الوفاء بالتعهد عند تحقق الشرط الا اذا نص فى العقد على ذلك والا لزم الانذار قبل الطلب وجاز للمتعهد أن يفى بالتعهد الى ماقبل الحكم

(٥) — الشرط الارادى : وهو الذى يعلق فيه التعهد على مجرد ارادة المتعهد كأن أردت بيع دارى فقد بعتها لك يكون العقد فيه باطلا . واذا علق التعهد على

=ارادة المتعهد له أوغيره كقول البائع ان أردت شراء داري أو أراد المستأجر لها ذلك في ظرف كذا يوما فقد بعتها لك كان العقد صحيحا والشرط جائزا: ومن الشروط الارادية الجائزة الشروط الخيارية كالتعهد بعمل أمر أو اعطاء شيء عند القدرة عليه مثلا . وكل ماذكر انما هو في الشرط التوقيفي . أما الشرط الارادي الفاسخ فهو جائز دائما كاشتراط فسخ العقد اذا أراد المشترى أو البائع مثلا في ظرف كذا يوما

ويختلف حكم التعهدات الشرطية باختلاف الشرط وذلك أنه اما معلق . واما متخلف . واما متحقق

فان كان معلقا أى لايزال المعلق عليه غير معروف ان كان يحصل أولا يحصل فليس لأحد المتعاقدين حق قبل الآخر . ويكون التصرف في محل التعهد أثناء التعليق موقوفا على تحقق الشرط أو عدم تحققه ان كان الشرط توقيفيا .فان كان فاسخا فالعقد صحيح ويترتب عليه حكمه من حين العقد من التسليم والتسلم ولكل من المتعاقدين فائدة ما أخذه وله رهنه وترتيب الحقوق عليه .غير ان كل ذلك يكون تابعا للحق الاصلى فان تحقق الشرط وانفسخ العقد سقطت هذه الحقوق والتصرفات ووجب على كل من المتعاقدين رد ما أخذه للآخر بالحالة التى أخذه بها . فان كان الشيء قد هلك يكون هلاكه على من امتلكه بالعقد الا في البيع قبل التسليم فانه يهلك على البائع

وان كان الشرط متخلفا أى تحقق عدمه أو وجوده فحكمه أنه اذا كان توقيفيا يبطل العقد كما اذا قال شخص لآخر ان جاء فلان فقد بعتك دارى فاتضح ان فلانا هذا ميت . وان كان فاسخا صح العقد لزوال سبب الفسخ كان جاء فلان فقد فسخت العقد فعلم أنه قد مات

وان كان الشرط متحققا بأن حصل بجميع أجزائه على الكيفية التى لاحظها المتعاقدان أو بأن تعذر تحققه بفعل المتعهد يكون حكمه تأييد العقدان كان الشرط توقيفيا . واسقاطه ان كان فاسخا . ويعتبر هذا الحكم من يوم العقد وجميع التصرفات تتبع العقد في التأييد والسقوط ولا يحتاج في ذلك الى حكم القاضي

= ولا يجوز للمحكمة أن تتصرف فى الشرط بل عليها أن تقره وترتب عليه أثره متى ثبت تحققه

وقد جاء فى شرح القانون أن هذه الأقسام مأخوذة من أحكام المحاكم وهي لاتنافى ما ورد في القانون

(٥) التعهدات التضامنية

التعهدات التضامنية مبينة بالمواد (من ١٠٧ — ١١٥) ويؤخذ من المادة (١٠٧) حكم تضامن الدائنين ونصها (اذا تضمن التعهد التفويض من كل من المتعهد لهم للباقى فى استيفاء الشيء المتعهد به يكون كل منهم قائماً مقام الباقى فى ذلك. وفى هذه الحالة تتبع القواعد المتعلقة بأحوال التوكيل)

وباقى المواد يؤخذ منها أحكام تضامن المدينين. فالمادة (١٠٨) يؤخذ منها أن التضامن لا يوجد الا بنص فى العقد وفى القانون فاذا تضامن المدينون تتبع فى حقهم أحكام الكفالة والتوكيل. والمادة (١٠٩) جعلت للدائنين الحق فى طلب الدين من جميع المتضامنين دفعة واحدة أو من كل منهم منفرداً الا اذا كان دين بعضهم مؤجلا أو معلقا على شرط. والمادة (١١٠) تتضمن سريان المطالبة الرسمية لأحد المدينين المتضامنين على الآخرين. والمادة (١١١) تتضمن عدم جواز الزيادة على المدين من أحد المتضامنين الملتزمين به. والمادة (١١٢) تتضمن جواز تمسك كل واحد من المتضامنين بأوجه الدفع الخاصة بشخصه وبالأوجه العامة لجميعهم والمادة (١١٣) تتضمن عدم جواز الاحتجاج من أحد المتضامنين بالمقاصة الحاصلة لغيره مع الدائن الا اذا اتحدت الذمة بأن صار الواحد بصفتى دائن ومدين فى آن واحد بدين واحد فانه يجوز التمسك بهذا الاتحاد من كل منهم بقدر الحصة التى تخص شريكه فى الدين. والمادة (١١٤) تتضمن أنه اذا أبرأ الدائن ذمة أحد مدينيه المتضامنين جاز للباقى أن يتمسك بهذا الابراء بقدر حصة المبرأ فقط. والمادة (١١٥) تتضمن رجوع من أدى الدين من المتضامنين على باقى المدينين بقدر حصصهم وتوزع حصة المعسر منهم على جميع الموسرين

= والتضامن الذى يحصل بنص القانون فقط بين المدينين وان لم يذكر ذلك صراحة يكون فى الأشياء الآتية : (١) الالتزامات الناشئة عن الجرائم (٢) تحويل الكمبيالات (٣) شركات التضامن (٤) شركات التوصية (٥) مسائل التهريب (٦) عوائد الاملاك (٧) ما هو مبين فى مادتى (١٥٠ و ١٥١ مدنى) من التعهدات المترتبة على الأفعال

(٦) التعهدات المنقسمة وغير المنقسمة

التعهدات المنقسمة هى التى يكون محلها قابلا للتجزئة . وغير المنقسمة هى التى لايقبل محلها ذلك وهذه العقود مبينة بالمواد من (١١٦ الى ١٢٧) وتتضمن هذه المواد أنه اذا كان الوفاء غير قابل للانقسام بالنسبة لحالة الاشياء المتعهد بها كالدار والحانوت والعربة . أو بالنسبة للغرض المقصود من التعهد كالتعهد بالضمان كان كل واحد ملزماً بأداء الكل وله الرجوع على من معه . وأنه اذا كان الملتزم بما لا ينقسم واحداً وامتنع من أدائه كله كان الدائن مخيراً بين فسخ العقد مع أخذ التضمينات . وبين أخذ التضمينات عن الجزء الذى لم يقم بأدائه . كما يجوز أن يحصل من المحكمة على اذن بفعل ما تعهد به المدين أو بازالة ما فعله مخالفا لتعهده مع الزامه بالمصاريف وهذا وذلك مع مراعاة الامكان بحسب الأحوال

واذا كان المتعهد به معينا ومملوكا للمتعهد وليس لاحد حق عينى عليه جاز للمتعهد له وضع يده عليه . ولا تستحق التضمينات المترتبة على التأخير أو عدم الوفاء زيادة على رد ما أخذه المتعهد الا اذا كان التأخير أو عدم الوفاء بسبب تقصير المتعهد وبعد تكليفه بالوفاء رسمياً . والتضمينات عبارة عن مقدار ما أصاب الدائن من الخسارة وما ضاع عليه من الكسب بشرط أن يكون ذلك ناشئاً مباشرة عن عدم الوفاء ومع ذلك اذا كان عدم الوفاء ليس ناشئاً عن تدليس من المدين فلا يكون ملزماً الا بما كان متوقع الحصول عقلا وقت العقد . واذا كان مقدار التضمين مذكوراً فى العقد حكم به فقط .

واعتبر القانون الفائدة فى المواد المدنية عن المبالغ خمسة فى المائة وفى المواد =

= التجارية سبعة فى المائة ولا يجوز زيادتها عن تسعة فى المائة ولا تعتبر فائدة الفائدة الا اذا كانت متجمدة عن سنة كاملة ويجوز فى الاحوال التجارية أن تختلف الفوائد حسب اختلاف أسعار الجهات وأن تنضم الفوائد المتجمدة للأصل فى الحسابات الجارية بحسب العوائد التجارية

(ب) أقسام التعهدات التى زادها الشرح

(١) التعهدات المتبادلة والتي من طرف واحد

التعهدات المتبادلة والتى من طرف واحد هى عقود المعاوضات وعقود التبرعات المبينة فى أقسام العقود والتصرفات شرعا باعتبار نوعها بلا فرق بينهما. وعقود المعاوضات تخالف عقود التبرعات فى أشياء منها . أن شرط الفسخ ضمنى فى عقود المعاوضات الا اذا نص على خلاف ذلك . وأنها توصف بكونها تجارية . وأن الخطأ فى شخص المتعاقد لايؤثر على العقد . وأن المتعهد مسئول عن تقصيره . وليست كذلك عقود التبرعات

(٢) التعهدات المحققة والاحتمالية

التعهدات المحققة هى ما تتساوى فيها المنافع عادة كالمعاوضات المعروفة . والاحتمالية مالا يمكن فيها معرفة النسبة بين قيمتي التعهدين كما اذا باع شخص لآخر مائة فدان فى نظير أخذ مبلغ معلوم كألف جنيه سنوياً ما دام البائع موجوداً فانه فى هذه الصورة لا يعلم كم يأخذ البائع من النقود ثمنا لأرضه تبعا لعدم العلم بمقدار المدة التي يعيشها

(٣) التعهدات الأصلية والتابعة

التعهدات الاصلية هى ما ثبتت أصالة فى الذمة . والتابعة ما لا تقوم الا بغيرها كالرهن والكفالة . والفرق بين الاصلية والتابعة أن الأولى اذا سقطت سقطت الثانية بالتبعية لها ولا عكس =

أنواع الخيارات

الخيار معناه شرعا طلب خير الأمرين امضاء العقد أو فسخه . وأنواعها كثيرة وهى :

(١) — خيار الشرط . وهو أن يشترط المتعاقدان أو أحدهما أنه يجوز له امضاء العقد أو فسخه فى زمن معين وسيأتى بيانه

(٢) — خيار الرؤية وهو جواز رد المشترى المبيع الذى لم يره أو أخذه

(٣) — خيار العيب وهو جواز رد المبيع المعيب بعيب قديم اذا لم يكن رآه قبل قبضه . أو أخذه بكل الثمن حسب التفصيل الآتى :

(٤) — خيار التعيين ويثبت للبائع أو للمشترى اذا بيع أحد شيئين أو ثلاثة أشياء بدون تعيين له وقت العقد وجعل حق التعيين لأحدهما فى مدة ثلاثة أيام

(٥) - خيار الغبن الفاحش وهو أن يكون للمغبون الحق فى فسخ العقد أو امضائه على التفصيل السابق

= التعهدات المعينة وغير المعينة

التعهدات المعينة هي التي لها اسم معروف وغير المعينة هى التى لا يعرف لها اسم كمن تعاقد مع آخر على أن يدله على حق له لا يعرفه عند انسان أو فى مكان مجهول فى نظير أخذ جزء مما يظهره . والقانون يلحق مثل هذه العقود بنظائرها ويعطيها حكمها

(٦) خيار النقد وهو أن يشترط البائع على المشترى أنه ان لم ينقده الثمن فى ثلاثة أيام يكون له الحق فى فسخ العقد أو امضائه

(٧) خيار الكمية ويثبت للمشترى أو البائع اذا اشترى أو باع ما كاله أو وزنه أو ذرعه بشيء غير معلوم المقدار

(٨) خيار الاستحقاق ويثبت للمشترى اذا استحق بعض المبيع أى أنه يكون له الحق فى أخذ الباقى بما يقابله من الثمن أو تركه على حسب التفصيل الآتى فى كتاب البيع

(٩) خيار التغرير الفعلى ويثبت المشترى اذا ظهر أن البائع فعل فى المبيع ما أوجب غش المشترى كربط أخلاف الدابة ليظهر ضرعها كبيراً

(١٠) خيار كشف الحقيقة ويثبت للبائع اذا باع بما فى يد المشترى أو صندوقه أو منديله مثلا

(١١) ظهور الخيانة فى بيع المرابحة أو التولية أو الوضعية ويثبت المشترى اذا علم أن البائع زاد على مقدار الثمن الذى كان قد اشترى به من قبل

(١٢) خيار فوات الوصف المرغوب فيه ويثبت المشترى بعد التحقق من أن المبيع خال من الوصف الذى اشتراه لرغبته فيه

(١٣) خيار تفريق الصفقة بهلاك بعض المبيع قبل قبضه فيثبت المشترى الحق فى أخذ الباقى بما يقابله من الثمن أو تركه حسب التفصيل الآتى :

(١٤) اجازة عقد الفضولى أو فسخه ويثبت المالك اذا باع فضولى ملكه

(١٥) ظهور أن المبيع مرهون أو مستأجر وهو يثبت للمشترى حق فسخ العقد أو امضائه

وجعلها ابن عابدين سبعة عشر خياراً بأن عد الخيانة فى كل من المرابحة . والتولية . والوضيعة قسما مستقلا يوجب الخيار

وقد أشرنا اليها نظما فى الابيات الآتية وهى :

شرط وعيب وتعيين ورؤيته مالم يره وفوات الوصف تغرير
كشف الحقيقة تفريق لصفقته والغبن والنقد الاستحقاق تأجير
اجازة العقد رهن العين تولية فيها الخيانة ربح فيه تزوير
خيار كمية قد جاء خاتمة لسبع عشرة فيها صح تخيير

وسيأتى بيان هذه الخيارات فى محالها الخاصة بها ولكنا نبين الآن منها ما يمكن أن يوجد فى كثير من العقود اتماما لمباحث العقود على العموم وهذه ثلاثة أنواع وهى : خيار الشرط . وخيار الرؤية . وخيار العيب

خيار الشرط

خيار الشرط هو أن يشترط المتعاقدان أو أحدها لنفسه أو لغيره أن له الحق فى امضاء العقد أو فسخه فى المدة التى سيأتى بيانها ويجوز أن يشترط الخيار فى العقد أو بعده ولو بمدة بتراضى المتعاقدين . ومن اشترطه لنفسه من كل المتعاقدين يكون له الحق فيه دون غيره . أما من اشترطه لغيره فيكون له الحق فيه أيضا لأنه مستفاد منه

سبب مشروعية خيار الشرط

سبب مشروعية خيار الشرط هو تمكن كل من المتعاقدين من التروى

والتأمل فيما فعله فان كان فى مصلحته أمضاه وإلا فسخه ـ ومشروعيته جاءت على خلاف القياس لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط وانما جاز استحسانا لما ذكر والدليل على جوازه أن حبان ابن منقذ الانصارى كان يغبن فى البياعات ومنعه أهله عن مباشرتها حرصا على ماله فلم يستطع وشكا ذلك الى النبي عليه الصلاة والسلام فقال له « اذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام » الخلابة الغش والتدليس أى أن الشريعة الغراء براء من الغش والتدليس والغاشين والمدلسين فقد قال عليه الصلاة والسلام « من غشنا فليس منا »

ما يصح فيه خيار الشرط

يصح خيار الشرط فى جميع العقود اللازمة التى تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل وهى : البيع . والاجارة . والمزارعة والمساقاة . وقسمة القيميات . والصلح عن مال . والرهن . والكفالة . والحوالة . والخلع وترك الشفعة بعد الطلبين الاولين . والاقالة . والابراء . والوقف على رأى بعض الفقهاء – وغير هذه العقود لا يصح فيها خيار الشرط وهى جميع العقود والتصرفات التى لا تحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل . وجميع العقود والتصرفات غير اللازمة من الجانبين . فالاولى هى : الزواج والطلاق . والعتاق . والصرف . والسلم . والاقرار . والثانية هى : الوكالة . والعارية . والقرض . والهبة . والوصية

وانما صح الخيار فى النوع الاول من العقود والتصرفات لأنه ثبت بالحديث المتقدم فى خصوص البيع وقد ألحق به الفقهاء ما كان

فى معناه من العقود اللازمة الواردة على الأعيان المالية أو على منافعها لاحتياجها الى التروى دفعاً للضرر . بخلاف العقود والتصرفات التى لاتحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل لانها لاتكون الا لازمة ولو لم يقصد العاقد أو المتصرف حكمها فلا تنفسخ بالخيار بل يلغو ويصح العقد وبخلاف غير اللازمة أصلا فانها يصح فسخها بدون خيار وبلا توقف على رضا العاقد الآخر فلا حاجة الى الخيار فيها

مدة الخيار

مدة خيار الشرط اما أن تكون مجهولة . أو معلومة . وان كانت معلومة فاما أن تكون ثلاثة أيام فأقل واما أن تكون أكثر منها

فان كانت مدة الخيار مجهولة كما اذا قال البائع بعتك هذا الكتاب بكذا ولى الخيار أو ولى الخيار دائما أو ولى الخيار الى أن تمطر السماء أو نحو ذلك مما يصير مدته مجهولة . وقال المشترى قبلت كان العقد فاسداً باتفاق سواء اشترط المشترى لنفسه الخيار أم لا وسواء أكانت مدة خيار المشترى معلومة أم مجهولة . ومثل البائع فى ذلك المشترى وان كانت المدة معلومة ولم تزد عن ثلاثة أيام صح الخيار باتفاق سواء أكان لكل من البائع والمشترى أم لاحدهما أم لغيرهما

وان كانت المدة أكثر من ثلاثة أيام ولكنها معلومة بأن يقول من يريد الخيار ولى الخيار أربعة أيام أو شهراً أو سنة أو نحو ذلك فان كان العقد عقد كفالة أو حوالة صح باتفاق وان كان وقفاً صح أيضاً على رأى من يجيز الخيار فيه وعللوا ذلك بأن هذه العقود والتصرفات

تحتاج الى مزيد التروى : أما غير هذه العقود والتصرفات فني زيادة مدة الخيار فيها عن الايام الثلاثة خلاف بين الامام وصاحبيه فالامام يقول بفساد العقود والتصرفات وبذلك قال زفر والامام الشافعي . وقال الصاحبان بصحتها . واستدل من يقول بالفساد بحديث حبان بن منقذ السابق لأن المدة فيه محددة بالأيام الثلاثة . وبما أخرجه الدارقطني عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الخيار ثلاثة أيام » ـ واستدل الصاحبان بأن الخيار انما شرع للتروى ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى أكثر من الايام الثلاثة كالتأجيل فى الثمن فانه جائز على خلاف القياس سواء كانت المدة قصيرة أو طويلة مادامت معلومة المقدار وبقولهما قال الامام أحمد رضى الله عنه لقوله عليه الصلاة والسلام (المسلمون عند شروطهم) . وقال الامام مالك اذا كان المبيع لا يبقى أكثر من يوم كبعض الأطعمة لا يزيد الخيار عن يوم وان كان المبيع ثمينا بحيث لا يعرف المشترى ان كانت المصلحة فى أخذه أو تركه الا فى أكثر من ثلاثة أيام جاز أن يشترط أكثر منها لأنه شرع للحاجة وهو وجيه ـ ورأى الامام هو المعتمد فى المذهب الحنفى

ومع قول الامام بفساد العقود والتصرفات اذا زاد فيها خيار الشرط على ثلاثة أيام فانه يقول بأن العقد ينقلب صحيحا اذا أجازه من له الخيار فى ظرف الايام الثلاثة لارتفاع المفسد قبل تقرره اذ المفسد انما هو الدخول فى اليوم الرابع فاذا أسقط الدخول فيه بالاجازة فقد تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صحيحا . وقال زفر

لاينقلب صحيحا وهو القياس وقول الامام هو المعتمد

وقد نص علماء الحنفية على أنه اذا اشترى شخص شيئا يتسارع اليه الفساد واشترط لنفسه الخيار فى ثلاثة أيام فان البائع يكون له الحق فى أن يطلب من المشترى اما أن يفسخ العقد قبل فساد المبيع أو يأخذ المبيع عنده بدون أن يدفع شيئا من الثمن حتى يجيز البيع أو يفسد المبيع دفعا للضرر

حكم محل العقد فى مدة الخيار

حكم محل العقد فى مدة الخيار أنه لايخرج عن ملك صاحبه مادام الخيار له . ويترتب على ذلك أنه لو كان محل العقد عقارا مبيعا بشرط الخيار للبائع فلا تثبت فيه الشفعة الا بعد الاجازة أو انتهاء مدة الخيار وقد سبق ذلك فى سبب الأخذ بالشفعة وسيأتى زيادة بيان لهذا المبحث فى كتاب البيع

اجازة العقود والتصرفات التى فيها الخيار أو فسخها

اجازة العقود والتصرفات التى فيها الخيار تكون بالقول وبالفعل . فالاجازة القولية كأن يقول رضيت أو أجزت أو أمضيت العقد أو أبطلت خيارى أو نحو ذلك . والاجازة الفعلية كأن يتصرف من له الخيار فيما ملكه بالعقد تصرف الملاك فى أملاكهم كأن يبيعه أو يؤجره أو يهبه أو يرهنه أو يقفه أو نحو ذلك ـ ومتى أجاز من له الخيار بالقول أو بالفعل لزم العقد سواء علم الآخر بالاجازة أم لا ـ واذا أجاز أحدهما وفسخ الآخر انفسخ العقد لان العقد المجاز قد يفسخ والمفسوخ لايجاز

واذا كان الخيار لغير أحد المتعاقدين وأجازه الأصيل وفسخه النائب أو بالعكس نفذ السابق منهما ان علم . وان لم يعلم السابق منهما أو كانا في وقت واحد فالقول المفتى به أنه ينفذ الفسخ مطلقا سواء صدر من الاصيل أو من نائبه لأنه أقوى من الاجازة اذ هو يلحقها دون أن تلحقه . وقيل ينفذ تصرف الاصيل مطلقا سواء كان فسخا أو اجازة لانه الاصل .

وفسخ العقود والتصرفات التي فيها الخيار يكون أيضا بالقول وبالفعل ـ فالاول كأن يقول فسخت العقد أو أبطلته . ويشترط في الفسخ القولي علم الآخر بالفسخ فان لم يعلم حتى مضت مدة الخيار لزم العقد ولا يعتبر الفسخ ـ والثاني كأن يتصرف في ملكه الذي له فيه الخيار تصرف الملاك . ولا يشترط في الفسخ الفعلي علم العاقد الآخر

ما يسقط به الخيار

يسقط الخيار بأحد الاسباب الآتية وهي :

أولا ـ بفسخ من له الخيار وحينئذ يبطل العقد

ثانيا ـ بالاجازة في مدة الخيار

ثالثا ـ بمضي مدة الخيار بدون اجازة ولا فسخ سواء علم من له الخيار بمضيها أو لا لان الخيار ثبت فيها فقط فلا بقاء له فيه بعدها

رابعا ـ بموت من له الخيار فلا يورث عنه لانه مجرد ارادة ومشيئة والارادات لا تورث ـ وقال الشافعي ومالك بأن هذا الخيار يورث

وفي الاحوال الثلاثة الاخيرة يلزم العقد . ثم انه اذا كان الخيار

لكل من المتعاقدين ومات أحدهما فى مدة الخيار لزم العقد من جهته وبقى الآخر على خياره فان أجازه جاز وان فسخه انفسخ

وسيأتى زيادة بيان لهذا الخيار فى كتاب البيع

« خيار الرؤية »

خيار الرؤية هو عبارة عن ثبوت الحق للمشترى الذى اشترى شيئا لم يره فى أخذه أو تركه

من يثبت له الخيار

يثبت خيار الرؤية للمشترى دون البائع ومثل المشترى من يلحق به كما سيأتى والدليل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام (من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه) وما روى من أن عثمان بن عفان باع أرضا لطلحة فقيل لعثمان انك قد غبنت فقال لى الخيار لانى بعت ما لم أره وقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لى الخيار لانى اشتريت ما لم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بحضر من الصحابة ولم ينكر على ذلك أحد منهم فاعتبر اجماعا ـ وقال الامام الشافعى لايصح العقد قبل الرؤية لجهالة المعقود عليه ـ وقال الامام مالك والامام أحمد وكثير من أصحاب الشافعى بالصحة

ما يثبت فيه خيار الرؤية وما لا يثبت

يثبت خيار الرؤية بدون اشتراط فيما يأتى :

أولا ـ شراء الاعيان التى لاتثبت دينا فى الذمة وهى القيميات :

أو المثليات المتعينة بالتعيين وقت العقد . فمن اشترى شيئا منها قبل رؤيته ثم رآه كان له الخيار فى أخذه بكل الثمن أو رده

ثانيا ـ قسمة الاعيان القيمية لأنها مبادلة لاعتبار أن كل واحد من الشركاء قد اشترى نصيب غيره بنصيبه فاذا لم يكن رآه وقت القسمة أو بعدها كان له الخيار اذا رآه

ثالثا ـ الصلح عن مال على عين من الاعيان القيمية فانه يكون للمصالح الخيار اذا لم يكن رأى العين قبل الصلح

رابعا ـ استئجار الاعيان المالية لأنه فى معنى الشراء فمن استأجر شيئا لم يره ثم رآه كان بالخيار بين امضاء العقد وفسخه

ولا يثبت خيار الرؤية فى غير ما ذكر من العقود والتصرفات سواء كانت تحتمل الفسخ أو لاتحتمله

مدة الخيار

رجح الفقهاء أن خيار الرؤية غير مؤقت بمدة معلومة لاطلاق المدة فى حديث (من اشترى مالم يره فله الخيار اذا رآه) فيشمل القليلة والكثيرة . وقال بعض الفقهاء يتوقت خيار الرؤية بالتمكن من الفسخ بعد الرؤية فلو تمكن منه ولم يفسخ بطل خياره حتى لايتضرر البائع بطول مدة الخيار ولزم العقد المشترى

ما يسقط به الخيار

يسقط خيار الرؤية بأحد الاسباب الآتية وهى :

أولا ـ بالاجازة الفعلية قبل الرؤية أو بعدها وذلك بالتصرف

فى المبيع بالبيع . أو بالهبة والتسليم . أو بالوقف . أو بنحو ذلك مما يجعل للغير حقا عليه

ثانيا ـ بالاجازة القولية بعد الرؤيه لا قبلها كأن يقول رضيت ولا تعتبر اجازته القولية قبل الرؤية لان الرؤية سبب فى الخيار ولا يوجد المسبب قبل وجود السبب

ثالثا ـ بفسخ العقد قبل الرؤية أو بعدها

رابعا ـ بموت من له الخيار قبل الاجازة أو الفسخ وحينئذ يلزم العقد لان هذا الخيار لا يورث لانه مجرد ارادة ومشيئه كخيار الشرط وقال الامامان الشافعى ومالك بأنه يورث . وسيأتى زيادة بيان لهذا الخيار فى كتاب البيع

« خيار العيب »

تعريف العيب

العيب معناه فى اللغة ما تخلو عنه أصل الخلقة السليمة مما يعد به الشئ ناقصا . ومعناه فى الشرع ما ينقص القيمة عند التجار

والاصل فى الاشياء السلامة من العيوب فمن اشترى شيئا شراء مطلقا أى لم يذكر فيه سلامة المعقود عليه من العيوب أو عدمها وجب أن يكون هذا المعقود عليه سليما

ويترتب على ذلك ما يأتى :

أولا ـ أنه اذا اشترى شخص حصانا مثلا بخمسين جنيها شراء مطلقا وجب تسليمه سليما من العيوب

ثانياً – اذا كان المبيع معيباً بعيب أو أكثر ولم يره المشترى ولكن البائع اشترط أنه برئ من كل عيب يظهر فى المبيع صح الشرط ولزم العقد

ثالثا – أنه لو كان فى المبيع عيب أو أكثر قبل القبض ولم يره المشترى أو لم يعرفه قبل القبض أيضاً ولم يشترط البائع براءته من كل عيب يظهر فى المبيع كان المشترى مخيراً بين أخذه بكل الثمن أو رده متى رأى العيب . وليس له أخذه والرجوع بما يقابل نقصان العيب من الثمن لان السلامة من العيوب وصف مرغوب فيه والاوصاف لايقابلها شىء من الثمن . وقال الامام أحمد له الرجوع بنقصان العيب مطلقاً

رابعا – أنه لو حدث العيب بعد القبض لزم البيع لان البائع تعلق حقه بالمبيع سليما فلا يصح رده عليه معيبا الا اذا رضى بذلك

خامسا – أنه لو كان بالمبيع عيب قديم لم يره المشترى قبل القبض ثم حدث به عيب بعده لزم البيع ومتى رأى المشترى العيب كان له أن يرجع على البائع بما يقابل نقصان العيب القديم من الثمن ولكن على التفصيل الذى سيأتى فى كتاب البيع

من يثبت له خيار العيب وما يثبت فيه

يثبت خيار العيب لمن ثبت له خيار الرؤية . ويثبت فى العقود والتصرفات التى ثبت فيها هذا الخيار أيضا بدون شرط فى العقد لان

سببه مجئ المعقود عليه على خلاف الاصل أى ظهور عيب فيه اذا الاصل السلامة من العيوب كما سبق

مايسقط به الخيار

يسقط خيار العيب بأحد الاشياء الآتية وهى :

أولا — برضاء من له الخيار بالمبيع : صراحة كأن يقول رضيت أو أخذت أو قبلت . أو دلالة كأن يتصرف فيه بالبيع . أو الهبة مع التسليم . أو الوقف

ثانيا — بحدوث عيب فى المبيع عند المشترى الا اذا رضى البائع به معيبا ولا يسقط بموت المشترى بل يورث عنه لان حق مورثهم تعلق بالمبيع سليما فلا يجبرون على أخذه معيبا بل يثبت لهم ما كان ثابتاً لمورثهم . والفرق بينه وبين خيار الشرط . والرؤية . أن العيب متعلق بعين مالية ينقص قيمتها فيتضرر الورثة به والضرر يزال شرعاً ولا يمكن ازالة الضرر عنهم الا بمنحهم حق وراثة الخيار . وأما الخياران السابقان فهما مجرد ارادة ومشيئة وهى من الصفات الشخصية التى لا تنتقل بالورثة[1]

---

(١) الكلام على الخيارات قانونا

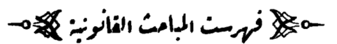
الخيارات ليست من المباحث التى أفردها القانون بالذكر بل جاءت ضمن الكلام على العقود المعينة وقد سبق منها خيار التعيين ضمن أقسام التعهدات والالتزامات تحت عنوان) التعهدات التخييرية) وستأتى بقية الخيارات قانوناً مفصلة فى العقود المعينة

تم الجزء الاول

(ا)

فهرست الجزء الأول

للمباحث الشرعية من كتاب المعاملات



فهرست المباحث القانونية

فهرست الجزء الاول

للمباحث القانونية من كتاب المعاملات

صفحة

صفحة

صفحة

المعاملات في الشريعة الإسلامية

تأليف

أحمد أبو الفتح

أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق سابقاً

جميع الحقوق محفوظة للمؤلف

الجزء الثاني

الطبعة الثانية

الكلام على العقود المعينه شرعا

العقود المعينة هى التى لكل منها اسم خاص به وقد سبق بيانها فى أول الكتاب . وقد اتفقت آراء جميع المؤلفين فى المعاملات الشرعية على تقديم كتاب البيع على غيره من سائر العقود المعينة لأنه أهمها مباحث وأكثرها أحكاما وعلى محوره تدور رحى التجارات الواسعة والمكاسب الكثيرة فهو أهم الوسائل فى الحصول على المال الذى أصبح له الشأن الأكبر فى سيادة الأمم والأفراد وتوفر راحتها وسعادتها فما من آدمى حى الا وهو محتاج الى الكسب الذى به قوام حياته وكلما كان الكسب شريفا كان كاسبه مرتاح الضمير هنى العيشة ولا يكون الكسب شريفا بالنسبة للمسلمين الا اذا كانت وسائل الكسب جارية على الطريقة التى أباحتها الشريعة الغراء فلهذا فصلنا أحكامه تفصيلا وافيا بقدر الامكان مع ملاحظة كونه يناسب طلبة الحقوق كغيرهم من طلاب العلم

كتاب البيع

ينحصر الكلام على البيع فى تعريفه . ومأخذه . وحكمته . وأركانه . وشروطه . وأقسامه . وأحكامه . وبيان أنواع المبيع . وأنواع الثمن . والبيوع الشاذة . ولكل من الشروط والاقسام والاحكام. والمبيعات. والأثمان . والبيوع الشاذة مباحث جزئية تذكر عقبها واليك بيان كل

« تعريف البيع »

البيع له معنيان : معنى فى اللغة . ومعنى فى الشرع

فمعناه فى اللغة مطلق المبادلة سواء أكانت المبادلة مالية أم غير مالية بدليل قوله تعالى « ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة » وقوله جل شأنه « أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى » والبيع من الألفاظ التى تطلق على الشيء وعلى ضده قال فى الفتح يقال باعه اذا أخرج العين من ملكه اليه . وباعه أى اشتراه . وكذا الشراء بدليل قوله تعالى « وشروه بثمن بخس » أى باعوه والضمير راجع لاخوة سيدنا يوسف عليه الصلاة والسلام ولكن اذا أطلق لفظ البائع فالمتبادر الى الذهن أنه باذل السلعة . ويستعمل البيع متعدياً بنفسه الى مفعولين كبعتك الشيء ومتعدياً بمن للتأكيد كبعت من فلان الدار وباللام قليلا كبعت لك الشيءَ ويتعدى بعلى فى مقام الاجبار والالزام فيقال باع عليه القاضى لأداء الدين أولاحتياج المنافع العامة الى المبيع

ومعناه فى الشرع مبادلة المال بالمال والمراد به المال المتقوم السابق بيانه فى تقسيم الأموال لأن غير المتقوم لا يجوز التعامل به فلا يكون مبيعاً ولا ثمنا لكن اذا كان مبيعاً اعتبر البيع باطلا واذا كان ثمناً اعتبر البيع فاسداً لأن المبيع هو المقصود من عقد البيع والثمن وسيلة اليه ولذا اشترط وجود المبيع والقدرة على تسليمه وقت البيع دون الثمن وقالوا ببطلان البيع اذا هلك المبيع قبل التسليم وعدم بطلانه اذا هلك الثمن

« أصل مشروعية البيع »

البيع مشروع بالكتاب ، والسنة ، والاجماع

أما الكتاب فقوله تعالى « وأحل الله البيع وحرم الربا » وأما السنة فنحو ما روى عن رافع رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن أطيب الكسب فقال « عمل الرجل بيده وكل بيع مبرور » أى لا غش فيه ولا خيانة . وقوله عليه الصلاة والسلام « التاجر الصدوق يحشر يوم القيامة مع الصديقين والشهداء » وقوله : « عليكم بالتجارة فان فيها تسعة أعشار الرزق » . وأما الاجماع فتعامل المسلمين به من الصدر الأول الى الآن

وكون البيع مشروعا أى جائزاً شرعا هو الأصل للأدلة المذكورة وقد يطرأ عليه من الأحوال مايخرجه عن أصله الى أحد طرفى المباح وهو الحظر أى الكراهة والتحريم . أو الطلب أى الندب أو الوجوب أو الفرضية

فالبيع المكروه هو مايكون النهى عنه لأمر مجاور له لا لخلل فى أصله ولا فى وصفه كالبيع بعد الآذان الأول للجمعة لقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع » وسيأتى بيان أنواع البيع المكروه

والبيع الحرام كبيع المسلم الخمر والخنزير وغيرهما من النجاسات المنهى عن بيعها ومن البيوع المحرمة سائر البيوع المنهية لسبب من أسباب التحريم

والبيع المندوب كبيع الشئ لمن يحلف على أن يبتاعه منه وليس للبائع حاجة اليه

والبيع الواجب كالبيع للمضطر الذى لم يبلغ به الاضطرار الى ما يقرب من الهلاك بل عنده حرج ومشقة وشدة لاتزول الا بالحصول على المبيع بحيث اذا لم يحصل عليه من صاحبه لايحصل عليه من غيره

والبيع المفروض هو البيع للمضطر اضطرارا شديدا جدا بحيث اذا لم يحصل على المبيع فورا يلحقه الهلاك أو تلف عضو من الأعضاء واذا امتنع البائع عن المبيع لمثل هذا المضطر فهلك هو أو هلك أحد ممن تلزمه نفقتهم أو تلف منه أو من أحد من هؤلاء عضو ولم يكن صاحب المال مضطرا اليه كاضطرار هذا المشترى أو مايقرب منه اعتبر آثما وعوقب عقاب الآثمين

« حكمة مشروعية البيع »

حكمة مشروعية البيع هى بقاء نظام هذا الوجود على أكمل حال وذلك ان الله خلق الانسان محتاجا الى أشياء كثيرة لاتبقى حياته الا بها وهو وحده لايستطيع القيام بها فاضطر الى جلبها بواسطة الشراء ولولاه لكان يأخذها اما بالقهر والغلبة واما بالسؤال وهذا لايتم معه نظام العالم كما لايخفى

(أركان البيع)

أركان البيع اثنان وهما : الايجاب . والقبول . فالايجاب ماصدر أولا

من كلام أحد المتعاقدين . والقبول ماصدر ثانيا من كلام الآخر . ولا فرق بين أن يكون الموجب هو البائع والقابل هو المشترى أو بالعكس

وليس للايجاب والقبول ألفاظ مخصوصة بل كل لفظين ينبئان عن معنى التمليك والتملك يكونان ايجابا وقبولا كقول البائع : بعت . أو أعطيت أو ملكت . أو هو لك . أو هات الثمن . وكقول المشترى : اشتريت . أو أخذت . أو قبلت . أو رضيت . أوخذ الثمن

ومجموع الايجاب والقبول يسمى صيغة البيع .وكل منهما شطر الصيغة

ويشترط فى كل منهما لانعقاد البيع أن يكون بلفظ الماضى كبعت أواشتريت أو بلفظ المضارع ان أريد به الحال كأبيع أوأشترى مع ارادة ماذكر هذا اذا كان المضارع يدل على الحال والاستقبال عند المتعاقدين . فان كان لايدل الا على الحال عندهما أو عند أحدهما كما هو عند أهل خوارزم فهو كالماضى .واذا أريد به الاستقبال عند من يستعمله فى الزمنين أو لم يقصد العاقد به شيئا لا حالا ولا مستقبلا بطل العقد . ويبطل بالاولى اذا تمحض للاستقبال بأن دخلت عليه السين أوسوف أوغيرهما مما يخصصه له . أوكان الايجاب فعل أمر لدلالته بأصل وضعه على الاستقبال . فمثال مادخلت عليه السين أو سوف سأبيعك دارى . بكذا أو سوف أبيعك اياها بكذا . فيقول الآخر قبلت . ومثال فعل الامر قول المشترى بعنى هذه الدار بكذا . أو قول البائع اشترها منى بكذا فيقول الآخر قبلت . وعللوا عدم انعقاد البيع بما تمحض للاستقبال من الأفعال بأنها لاتفيد سبق الرضا بالعقد بل تفيد الوعد به فى المستقبل والوعد بالرضا عن عقد لايعتبر عقدا شرعيا ولهذا قالوا انه اذا أفاد

فعل الأمر سبق الرضا بالبيع صح البيع به ورتبوا على ذلك أنه لو قال البائع خذ هذا الكتاب بجنيه فقال المشترى أخذت صح العقد لافادة هذا الفعل سبق الرضا بالبيع ضمنا

والاصل فى الصيغة أن تكون بالألفاظ وقد ينوب عنها غيرها مما يدل على تراضى المتعاقدين لأن العبرة فى العقود بالمقاصد والمعانى غالبا لا بالالفاظ والمبانى فكل مادل على الرضا من الجانبين سواء أكان قولا أم فعلا صح أن يكون عقد بيع ويترتب على ذلك أن عقد البيع ينعقد بما يأتى :

أولا — بالالفاظ حسب التفصيل السابق

ثانيا — بالكتابة بشرط أن يكون من المتعاقدين بعيدا عن الآخر أو يكون العاقد بالكتابة لا يستطيع الكلام لعذر شرعى كالخرس . فان كان المتعاقدان فى مجلس واحد وليس ثمت مايمنع أحدهما من الكلام فلا ينعقد بالكتابة . والسبب فى ذلك أن الالفاظ أظهر أنواع الدلالات فلا يعدل عنها الى غيرها الا لسبب مقبول . ويشترط لانعقاد البيع بالكتابة أن يقبل من كتب اليه فى مجلس قراءة الخطاب وفهمه

ثالثاً — بواسطة رسول من أحد المتعاقدين الى الآخر ويشترط أن يقبل المرسل اليه عقب الاخبار

ومتى حصل القبول فى مجلس قراءة الخطاب فى الصورة السابقة واخبار الرسول فى هذه الصورة انعقد البيع ولا يتوقف على علم الموجب بالقبول

رابعا — باشارة الأخرس المعروفة لأن اشارته المعروفة كالنطق

باللسان سواء كان الاخرس يعرف الكتابة أولا . فان كان يعرفها جاز له أيضا أن يعقد بها ولو كان المتعاقد معه موجودا في مجلس العقد

خامساً - بالتعاطى وهو المبادلة الفعلية بدون كلام بشرط أن يكون ثمن المبيع معلوما علما نافيا للجهالة الفاحشة المؤدية الى النزاع والا فسد العقد . ولايلزم لانعقاد العقدأن يكون التعاطى من الجانبين على رأى محمد وعليه الفتوي بل يكفي أن يكون من جانب واحد فاذا أخذ البائع الثمن ولم يعط المبيع أو أخذ المشترى المبيع ولم يعط الثمن صح البيع ولزم . وكذلك قال الامام مالك بصحة البيع بالمعاطاة من غير كلام في جميع الاشياء بلا فرق بين أن يحصل القبض من الجانبين أو من جانب واحد ولكنه قال بأن القبض من جانب واحدوان كان يصير به العقد صحيحا الا أنه يبقى منحلا أى غير لازم حتى يحصل القبض من الجانب الآخر ورتب على ذلك أنه اذا اشترى طعاما معلوم الثمن بالتعاطى ولم يدفع ثمنه جاز له أن يأكله لصحة العقد وجاز له أن يرده ويأخذ بدله وليس فيه بيع طعام بطعام نسيئة لما علمت من أن العقد منحل قبل القبض من الجانبين وبذلك قال الامام أحمد ابن حنبل (صفحة ٣ و ٤ شرح خليل على الزرقانى) وقال الامام الشافعى لا يصح البيع بالتعاطى مطلقا الا فى المحقرات أما فى الاشياء النفيسة فلا يصح مطلقا وبه قال بعض علماء الحنفية

ومتى تم العقد مستوفياشرائطه لزم البيع ولا يستقل أحدالمتعاقدين بفسخه بدون رضا الآخر سواء كانا فى مجلس العقد أى المكان الذى تم فيه البيع أولا

وقال الامام الشافعي لايلزم العقد باستيفائه جميع شرائطه بل للمتعاقدين خيار المجلس أى أنه يجوز لكل منهما أن يفسخه بدون رضا الآخر ماداما لم يتفرقا . واستدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم (المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا) اذ هما متبايعان بعد البيع ومتساومان قبله

واستدل الحنفية على رأيهم بأن العقد تم من الجانبين ودخل المبيع فى ملك المشترى والثمن فى ملك البائع والفسخ بعد ذلك لايكون الا بالتراضى لمافيه من الاضرار بالآخر بابطال حقه كسائر العقود. وأجابوا عن الحديث المتقدم بأنه محمول على خيار القبول فانه اذا أوجب أحدهما فلكل منهما الخيار مادام فى مجلس العقد ولم يأخذا فى عمل آخر . وقالوا ان لفظ الحديث يشير الى ذلك اذ المتبايعان اسم فاعل وهو حقيقة فى المتلبس بالفعل ولايدل على المتعاقد قبل العقد وبعده الامجازا فيكون التفرق على هذا بالاقوال كما فى قوله تعالى (وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته) على رأى محمد

أما الامام أبو يوسف فقال ان المراد بالتفرق هو التفرق بالابدان بعد الايجاب وقبل القبول

﴿ مايبطل به الايجاب ﴾

يبطل الايجاب اذا حصل أمر من الامور الآتية قبل صدور القبول من العاقد الآخر وهى :

(١) — اذا أوجب الموجب ثانياً فان الايجاب الاول يبطل ويصح الثاني فان تكرر الايجاب قبل القبول صح الاخير وبطل ماعداه

(٢) ـ رجوع الموجب عن الايجاب

(٣) ـ موت أحد المتعاقدين

(٤) ـ وجود مايدل على اعراض القابل عن القبول

(٥) ـ تغير المبيع تغيراً يصيره شيئاً آخر كتخلل العصير

(٦) ـ زيادة المبيع زيادة منفصلة كولادته

(٧) هلاك المبيع

« شروط البيع »

شروط البيع أربعة أنواع وهي : شروط انعقاد . وشروط صحة وشروط نفاذ . وشروط لزوم

شروط الانعقاد

شروط انعقاد البيع تسعة : اثنان في العاقد . واثنان في نفس العقد وواحد في مكانه . وأربعة في المعقود عليه

فالشرطان اللذان في العاقد هما : أولا العقل فلا ينعقد بيع الصبي الذي لايعقل ولا المجنون لأن كلا منهما لايعقل معنى العقد ولايقصده فان كان المجنون يفيق تارة ويجن أخرى فما عقده حال افاقته صح على حسب التفصيل السابق في أهلية العاقدين وما عقده حال جنونه بطل

وثانيا العدد فلا ينعقد بيع من يتولى طرفى العقد الا اذا كان وليا أو وصيا وقد سبق بيانه

والشرطان اللذان فى نفس العقد هما : أولا أن تكون الصيغة بلفظ الماضى أو المضارع المراد به الحال حسب التفصيل السابق فى أركان البيع . ثانيا عدم مخالفة القبول للايجاب مخالفة مضرة بأن يوافقه حقيقة أو حكما . والموافقة الحكمية أن تكون هناك مخالفة ولكنها فى صالح الموجب كأن يزيد القابل شيئا على الثمن ان كان مشتريا أو ينقص منه ان كان بائعا وتلتحق الزيادة أو النقصان بأصل العقد ان قبله الآخر فى المجلس ويكون المجموع أو الباقى هو الثمن . فان كانت المخالفة مضرة بطل العقد ولا فرق فى ذلك بين أن تكون المخالفة فى كل الموجب كأن يقول لك البائع بعتك هذا الكتاب بجنيه فتقول قبلت شراء هذه الدواة بخمسين قرشا . وبين أن تكون المخالفة فى بعضه كأن تقول فى المثال السابق قبلت الكتاب بخمسين قرشا أو الدواة بجنيه

والشرط الذى فى مجلس العقد هو اتحاده حقيقة وحكما . ومعنى الاتحاد حقيقة ألا يفارق أحدهما المجلس قبل تمام العقد . ومعنى الاتحاد حكما ألا يوجد من القابل مايدل على الاعراض وهو فى مجلس العقد فان اختلف المجلس حقيقة أو اختلف حكما بطل العقد

والشروط الاربعة التى فى المعقود عليه :

أولا — أن يكون موجوداً الا فى بيع السلم بشرائطه لأن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم » أى أجاز السلم وهو بيع مبيع آجل لم يوجد وقت العقد بثمن

عاجل بشروط مخصوصة سيأتى بيانها قبيل آخر كتاب البيع . وفى غير السلم لايجوز بيع المعدوم بل يكون البيع باطلا للحديث المتقدم . وقد استثنى الفقهاء من عموم هذا الحديث مسألتين أجازوا فيهما بيع المعدوم لجريان العرف والعادة بهما ـ الاولى الأشياء التى تؤخذ من البياع على سبيل الاستجرار كالخبز والصابون والسكر ونحوها وتستهلك ثم تشترى بعد استهلاكها لانه يصدق عليها بيع المعدوم . دفعا للحرج وتسهيلا على الناس فى المعاملات . وفى هذه المسألة أقوال كثيرة أرفقها وأوفقها أنه جائز استحسانا لما ذكر

الثانية ماتتلاحق آحاده وتظهر شيئا فشيئا كالفواكه والخضر والازهار ونحوها اذا ظهر أكثرها جاز بيع مالم يظهر مع ماظهر صفقة واحدة ويصدق عليه بيع المعدوم وهو جائز استحسانا لجريان العرف والعادة به بناء على أن القليل يتبع الكثير ولا عكس وينبنى على ذلك أنه اذا كان ماظهر أقل أو مساويا لما لم يظهر فلا يجوز بيع الذى لم يظهر مع ماظهر صفقة واحدة وعليه الفتوى وقيل يجوز ذلك أيضا لجريان العرف والعادة به دفعا للحرج

ثانيا — أن يكون مالا فبيع ماليس بمال أصلا باطل كبيع الميتة التى ماتت حتف أنفها . وبيع الدم المسفوح أى السائل ولو كان من حيوان مذكى ذكاة شرعية . والمراد بالميتة التى لايصح بيعها ما يفسد بالموت منها كلحمها وشحمها . أما جلدها فيطهر بالدباغ أى التنظيف مما علق به من اللحم والشحم وكذلك صوفها وعظمها وظلفها وقرنها وعصبها فانها لاتتعفن بالموت فيصح بيعها بعد تطهيرها بالتنظيف

وليس فى جميع أنواع الحيوانات التى تموت حتف أنفها مايعتبر مالا متقوما الاصنفان وهما : السمك . والجراد كما أنه ليس من أنواع الدماء ما يعتبر هذا الاعتبار الا ما كان منها متجمدا بأصل خلقته وهو نوعان أيضا : الكبد . والطحال . والاصل فى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « أحلت لنا ميتتان . ودمان . السمك والجراد . والكبد والطحال » والحكمة فى بطلان بيع الميتة انها لم تمت فى الغالب الا بعد أمراض تجعل تعاطيها مضرا بالصحة فضلا عن كونها مما تعافه النفوس وما يموت فجأة من الحيوانات يتسارع اليه الفساد لاحتباس الدم فيه .وهو أسرع الاشياء قبولا للفساد ومن هذا الوجه حرم وهو مسفوح لان الفساد يلحقه بأسرع ما يكون اذ هو حينئذ يكون وسطا صالحا لنمو أنواع المكروبات القتالة التى قد لا تموت بالغلى فضلا عن كونه مما تعافه النفوس .

ثالثا — أن يكون متقوما فبيع المال غير المتقوم كالخمر والخنزير باطل . أما حكمة عدم تقوم الخمر فلانها تسلب الانسان أفضل موهبة ميزه الله بها عن سائر المخلوقات وهى العقل . واذا كان سلب الاموال محرما شرعا فسلب الآدمية واهدارها بالخمر محرم من باب أولى وأما حكمة عدم تقوم الخنزير فلما قلوه من أن به من المكروبات الضارة مالا يموت بالغلى فيضر تعاطيه بالجسم ضررا شديدا. وقالوا أيضا ان تعاطى لحم الخنزير مما يزيد نمو الدودة الوحيدة زيادة سريعة فتمتص من الجسم الغذاء النافع له كما تمتص النبات الطفيلى غذاء ما يلتف عليه

من الاشجار . وليس له كغيره من الحيوانات منفعة ظاهرة حال حياته تجعل له قيمة فى نظر العقلاء .

وكما لايجوز بيع الخمر والخنزير لا يجوز شراء كل واحد منهما ولا استعماله لانه نجس العين . ولكن جمهور الفقهاء من الحنفية أجازوا التداوى بهما وبغيرهما من النجاسات ان علم أن فيه شفاء المريض ولم يوجد دواء غيره . فقد نقل ابن عابدين (جزء ٤ صفحة ٣٣٣) عن الهداية والتهذيب . ماملخصه :

يجوز للعليل تعاطى الأشياء النجسة أكلا وشربا وادهانا وغيره للتداوى اذا أخبره طبيب عدل أن فيه شفاءه ولم يجد من المباح مايقوم مقامه وان قال الطبيب فيه تعجيل شفائك صح أيضا على رأى بعض الفقهاء كما يصح شرب الخمر للتداوى على رأى بعضهم أيضا ـ ثم قال ـ وما قيل ان الاستشفاء بالحرام حرام غير مجرى على اطلاقه وان الاستشفاء بالحرام انما لايجوز اذا لم يعلم أن فيه شفاء أما اذا علم وليس له دواء غيره فيجوز . ومعنى قول ابن مسعود رضى الله عنه لم يجعل شفاؤكم فيما حرم عليكم يحتمل أن يكون قد قال ذلك فى دواء عرف له دواء غير المحرم لأنه حينئذ يستغنى بالحلال عن الحرام . ويجوز أن يقال تنكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام وانما يكون بالحلال اهـ

رابعا ــ أن يكون مملوكا فى نفسه فان لم يكن كذلك بأن كان من الاموال المباحة قبل احرازها كبيع الطير فى الهواء أو السمك فى

البحر قبل اصطيادها كان البيع باطلا . أما اذا أمسكه وأطلقه ولا يمكن الحصول عليه أو يمكن بمشقة عظيمة كان بيعه فاسدا كما سيأتى

شروط الصحة

شروط صحة البيع لا يوجد شئ منها فى عقد من البيوع الا اذا استوفى شرائط انعقاده التسعة فمتى توفرت نبحث عن توفر شرائط الصحة فان كانت متوفرة صح العقد والا فسد

وشروط الصحة اثنا عشر شرطا : واحد فى العاقد . وأربعة فى نفس العقد . وسبعة فى المعقود عليه

فالشرط الذى فى العاقد هو الرضا فبيع المكره وشراؤه فاسدان سواء كان الاكراه ملجئا أو غير ملجئ وقد سبق بيان هذا المبحث مفصلا

والشروط الاربعة التى فى نفس العقد هى :

أولا — خلوه من خيار شرط مجهول الزمن أو مؤبد باتفاق أو زائدة على ثلاثة أيام على رأى الامام وعليه الفتوى

ثانيا — خلوه من شرط مفسد له وهو الشرط الفاسد السابق بيانه فى اقتران العقود بالشرط

ثالثا — وجود فائدة فى البيع فان لم يكن فيه فائدة كبيع جنيه بمثله استويا وزنا ووصفا فسد البيع

رابعا — عدم توقيت البيع فان كان مؤقتا كبيع الدار خمس سنين فسد البيع

والشروط السبعة التي في المعقود عليه هي :

أولا – أن يكون مقدور التسليم فلو لم يكن كذلك بأن كان من الحيوانات المنزلية الشاردة أو الطير والسمك بعد صيده واطلاقه فسد البيع . فان كان الحيوان أو الطير معتادا على الرجوع ولو ليلا كان مقدور التسليم

ثانيا – أن يكون كل من المبيع والثمن معلوما لكل من المتعاقدين علما نافيا للجهالة الفاحشة المؤدية الى النزاع ومعلومية كل واحد منها سيأتي بيانها قريبا فان كان أحدهما مجهولا هذه الجهالة فسد البيع ومثال المبيع المجهول أن يقول البائع بعتك شاة من هذا القطيع . أو شجرة من تلك الاشجار بكذا فيقول المشتري قبلت : ومثال الثمن المجهول أن يقول البائع بعتك هذه الأرض بألف ولم يبين نوعها ولا وصفها مع تعدد النقود واختلافها في المالية كما سيأتي في الكلام على الثمن . أو قال بألف (فرنك) والمشتري لايدري ماهو (الفرنك) ولامايساويه من آحاد العملة التي يعرفها

ثالثا – ألا يشتري شيئا بدين على غير البائع فان اشتراه بما ذكر فسد البيع . وذلك بأن يكون لمحمد على خليل ألف جنيه ولزيد دار يريد بيعها فيقول محمد لزيد اشتريت منك دارك الفلانية بألف الجنيه التي لي على خليل فيقول زيد قبلت . والسبب في فساده أنه لايجوز للدائن أن يتصرف في الدين لغير من هو عليه الا بالحوالة . أو الهبة . أو الوصية .

رابعا – ألا يبيع ما يشتريه من المنقول أو العقار الذي يخشى

هلاكه الا بعد قبضه حسب التفصيل الآتى فى التصرف فى المبيع قبل قبضه . فان باعه قبل قبضه فسد البيع خوف الغرر أى الخطر على المبيع اذ يحتمل أن يكون قد هلك تحت يد البائع الاول وبيع الغرر لايجوز

خامسا — أن يحصل التقابض والتساوى فى أموال الربا وهى عند علماء الحنفية المكيلات والموزونات اذا بيعت بجنسها . وأن يحصل التقابض فقط اذا بيعت بخلاف جنسها ومن ذلك الصرف وهو بيع نقود بنقود . وسيأتى بيان الأموال الربوية وحكمها فى بيع المقدرات

سادسا — العلم بالثمن الأول (أى الذى كان اشترى به البائع الشئ الذى يريد بيعه) فى بيع المرابحة . والتولية . والوضيعة . فالمرابحة البيع بأكثر مما اشترى . والتولية البيع بمثله . والوضيعة البيع بأقل منه

سابعا — توفر شروط بيع السلم الآتى بيانها فى أواخر كتاب البيع

شروط النفاذ

شروط نفاذ البيع لايوجد شئ منها الا بعد استيفاء العقد شروط انعقاده . وصحته . لان النفاذ وصف للعقد الصحيح ولا يكون كذلك الا باستيفاء ما ذكر

وللنفاذ شرطان : الاول فى العاقد : الثانى فى المعقود عليه

فالشرط الذى فى العاقد هو أن يكون له حق التصرف فيما يبيعه كأن يكون مالكا له أو وكيلا عن مالكه . أو وليا . أو وصيا عليه . فان لم يكن كذلك بأن كان فضوليا أو محجوراً عليه كان بيعه موقوفا على الاجازة من أحد من ذكروا فان أجازه نفذ والا بطل

والشروط الذى فى المعقود عليه ألا يكون متعلقا به حق الغير فان تعلق به حق الغير بأن كان مرهونا أو مستأجرا يكون البيع موقوفا على اجازة المرتهن أو المستأجر لتعلق حقهما به فان أجازه نفذ وبطل الرهن وانفسخت الاجارة وسُلّم المبيع للمشترى . وان لم يجزه يبقى المبيع تحت يده حتى يأخذ دينه ان كان هو المرتهن أو يستوفى مدة اجارته ان كان هو المستأجر ولا يبطل العقد بعدم اجازة كل واحد منهما وانما الذى يكون له الحق فى ابطاله هو المشترى لأنه حينئذ يكون مخيرا بين أخذ المبيع بكل الثمن والانتظار حتى يفك الرهن وتنتهى الاجارة . وبين فسخ العقد ولو كان يعلم أن البيع مرهون أو مستأجر

شروط اللزوم

كما أنه لا يوجد شىء من شروط النفاذ قبل تحقق شروط الانعقاد والصحة كذلك لا يوجد شىء من شروط اللزوم الا اذا توفرت جميع تلك الشروط لأن اللزوم لا يتصور الا بعد تحقق النفاذ

وللزوم البيع شرط واحد فى نفس العقد وهو خلوه من الخيار

خلاصة الشروط

يؤخذ مما ذكر :

أولا — أنه اذا فقد شرط من شروط الانعقاد بطل العقد

ثانيا — أنه اذا فقد شرط من شروط الصحة فسد العقد

ثالثا – أنه اذا فقد شرط من شروط النفاذ كان العقد موقوفا على الاجازة

رابعا – أنه اذا فقد شرط من شروط اللزوم كان العقد نافذا غير لازم

ويؤخذ منه أيضا ما يأتى :

	عدد
أولا – أن للعقد سبعة شروط : اثنان للانعقاد . وأربعة للصحة . وواحد للزوم	٧
ثانيا – للعاقد أربعة شروط : اثنان للانعقاد وواحد للصحة . وواحد للنفاذ	٤
ثالثا – لمجلس العقد شرط واحد : للانعقاد	١
رابعا – للمعقود عليه اثنا عشر شرطا : أربعة للانعقاد . وسبعة للصحة . وواحد للنفاذ	١٢
	٢٤

وكل ما تقدم من الشروط انما هو بالنسبة للشخص الصحيح أى غير المريض مرض الموت أما هو فلتصرفه بالبيع والشراء شروط خاصة به زيادة على ما ذكر واليك بيانها

(بيع المريض وشراؤه)

المراد بالمريض هنا هو المريض مرض الموت وهو الذى يعجز عن القيام بمصالحه المنوط به أداؤها بعد ان كان قادراً عليها وينتهى مرضه بالموت وهذه المصالح تختلف باختلاف الأشخاص ذكورة وأنوثة

وباختلاف الوظائف والأعمال فلكل من السوقى والموظف والتاجر والزارع والصانع عمل مخصوص فاذا عجز عنه بسبب المرض ومات عقبه سمى مرضه مرض موت

ولا يشترط فى مرض الموت أن يلزم المريض الفراش بل يكفى أن يعجزه عن مباشرة الأعمال ولو لم يلزم فراشه . واذن فلا بد فى مرض الموت من أمرين : العجز عن العمل . وانتهاء المرض بالموت . فاذا عجز عن العمل فقط ولكن لم ينته مرضه بالموت لا يعتبر المرض مرض موت كما اذا كان العجز بسبب رمد أو كسر عضو أو ما أشبه ذلك فيعتبر هذا صحيحا وتكون تصرفاته فى أحكامها كتصرفات الأصحاء

وقد اختلف الفقهاء فى اعتبار المرض الذى يطول أمده كالسل والفالج مرض موت أو مرض صحة فقال بعضهم ان كان يزداد المرض شيئا فشيئا فهو مرض موت لأن الغالب أن ينتهى بالهلاك . وقال بعضهم ان كان لايرجى برؤه بتداو فمرض موت والا فمرض صحة . وقال آخرون لو طال وصار بحال لايخاف منه الموت اعتبر صاحبه صحيحا وهؤلاء اختلفوا فى حد التطاول فبعضهم اعتبره سنة . وبعضهم اعتبر العرف . وبعضهم قال ان لم يلزم الفراش فهو صحيح والا فهو مريض . والمعول عليه من هذه الآراء أنه اذا كان يزداد ما به من المرض اعتبر مريضا والا اعتبر صحيحا فان تطاول المرض الى سنة فأكثر وكان لايزداد فالتصرفات التى حدثت قبل السنة كتصرفات الأصحاء فى جميع أحكامها

ويلحق بالمريض مرض الموت من الاصحاء فى تصرفاته من كانوا فى حالة يغلب عليهم فيها الهلاك كمن خرج للمبارزة . ومن قدم للقصاص تنفيذا لحكم الاعدام الصادر عليه . ومن كان فى سفينة تلاطمت عليها الأمواج وغلب على من فيها الهلاك ثم غرقت فعلا . ومن كان بين فراسن السبع . الى غير ذلك من الأحوال الخطرة التى تكون نتيجتها الهلاك . فإن كان فى حالة غير خطرة كما اذا كان محصورا فى حصن أو خارجا الى القتال فلا يعتبر كالمريض مرض الموت بل تكون تصرفاته حينئذ كتصرفات الصحيح

ولتصرفات المريض مرض الموت بالبيع والشراء أحكام خاصه بها واليك بيانها .

حكم تصرفات المريض بالبيع تختلف باختلاف حاله وباختلاف حال المشترى وباختلاف حال المبيع . وذلك أن البائع اما أن يكون مدينا أو غير مدين . والدين اما أن يكون مستغرقا لتركته أو لا . والمشترى اما أن يكون وارثا أو غير وارث . والمبيع اما أن يكون قد بيع بمثل القيمة أو بأكثر أو بأقل

فان كان البائع غير مدين أصلا وباع لأحد الورثة . فان كان بأقل من القيمة ولو قليلا توقف البيع على اجازة بقية الورثة باتفاق الامام وصاحبيه . وان كان بمثل القيمة أو بأكثر فالامام يقول بأنه يكون موقوفا أيضا على اجازة بقية الورثة ليتساوى الجميع فى كل ما تركه المورث فلا يحصل نزاع بينهم يؤدى غالبا الى انفصام عروة الوفاق والوئام . والصاحبان

يقولان انه لو باع بمثل القيمة أو بأكثر نفذ ولو لم تجزه الورثة لأنه لاضرر عليهم في ذلك بل ربما كان لهم فيه منفعة

وان كان البائع غير مدين أيضا ولكنه باع لغير وارث ينظر . فان كان البيع بمثل القيمة أو بغبن يسير نفذ البيع اتفاقا . وان كان البيع بغبن فاحش ينظر الى مقدار ماغبن فيه من الثمن . فان كان مساويا اثلث التركة أو أقل صح البيع ولزم اتفاقا وليس لاحد حق الاعتراض عليه لانه يعتبر متبرعا للمشترى بما نقص من الثمن وهو جائز لما سبق من أن التبرع في مرض الموت يعتبر وصية وهي نافذة فيما يساوى ثلث التركة اذا كانت لاجنبي ولو لم تجزها الورثة . أما اذا كان مقدار الغبن في الثمن أكثر من ثلث التركة توقف نفاذ البيع بالنسبة لما زاد على الثلث على اجازة الورثة فان أجازوه نفذ . وان لم يجيزوه يكون المشتري مخيرا بين دفع ثمن مازاد عن الثلث وبين ترك البيع . فمثلا اذا باع مريض مرض الموت منزلا له بمبلغ ١٠٠ جنيه وقيمة هذا المنزل تساوي ٤٠٠ جنيه وكانت التركة كلها تساوي ٩٠٠ جنيه فيكون مقدار الغبن ٣٠٠ جنيه وهو مساو اثلث التركة فيصح البيع ويكون نافذا لازما ولو لم ترض الورثة . ولو فرضنا في هذا المثال أن التركة تساوى ٦٠٠ حنيه فبما أن الغبن حصل في ٣٠٠ جنيه أى أنه أزيد من ثلث التركة الذي هو ٢٠٠ جنيه بمبلغ ١٠٠ جنيه فيكون للورثة الحق في اجازة البيع . وفي تخيير المشترى بين دفع مازاد عن الثلث وهو ١٠٠ جنيه . وبين ترك البيع . وظاهر أن الدفع أفيد للمشترى

وان كان المريض مدينا دينا مستغرقا للتركة وباع شيئا من تركته

كان للدائنين وحدهم الحق فى اجازة البيع أو عدم اجازته على التفصيل الآتى وهو :

اذا كان البيع بثمل القيمة أو بأكثر نفذ سواء كان لوارث أم لغيره وأخذ الدائنون الثمن كل بنسبة دينه سواء كان المبيع كل التركة أم بعضها . واذا كان بأقل من القيمة فسواء كان الغبن يسيرا أم فاحشا وسواء كان لوارث أو لغيره توقف على اجازة الدائنين فان أجازوه نفذ والا خيروا المشترى بين دفع الناقص من الثمن أو ترك البيع

وان كان مدينا دينا غير مستغرق لتركته وباع شيئا منها فان كان خروج ماباعه عن ملكه لايضر بحقوق الدائنين اعتبر تركة خالية من الديون وأخذ أحكامها السابقة . وان كان يضر بحقوقهم بأن كان الباقى بعد البيع لايفى بالديون جعل المبيع قسمان : قسم يعتبر تركة مستغرقة بالديون وهو ما يكمل مايفى بالديون فيأخذ حكمها من جميع الوجوه . وقسم يعتبر تركة خالية من الديون وهو الباقى بعد مايفى بها فيأخذ حكم هذه التركة من جميع الوجوه أيضا

وما قيل فى بيع المريض يقال فى شرائه بلا فرق بينهما فى جميع الصور فلا حاجة الى ذكر أحكامه

أقسام البيع

ينقسم البيع باعتباراته المختلفة الى أقسام كثيرة وبيانها :

أولا — انه باعتبار وصفه ينقسم الى صحيح . وغير صحيح . وسيأتى بيانهما

ثانياً — انه باعتبار صيغته ينقسم الى مطلق. وغير مطلق. وسيأتى بيانهما أيضا

ثالثاً — انه باعتبار تعلقه بالمبيع ينقسم الى أربعة أقسام وهى. مقايضة وهو بيع سلعة بسلعة وصرف وهو بيع نقود بنقود. وسلم وهو بيع مبيع آجل بثمن عاجل وسيأتى بيانه. وبيع مطلق وهو بيع سلعة بنقود واذا أطلق البيع ينصرف الى هذا

رابعاً — أنه باعتبار الثمن أو مقداره ينقسم الى أربعة أقسام. مرابحة وهو البيع بأكثر من الثمن الذى اشترى به. وتولية وهو البيع بمثله. ووضيعة وهو البيع بأقل منه. ومساومة وهو الذى يلاحظ فيه مقدار الثمن الأول

(أقسام البيع الصحيح وغير الصحيح)

ينقسم البيع الى صحيح. وغير صحيح.

فالبيع الصحيح ما كان مشروعا بأصله ووصفه. وبعبارة أخرى هو مالم يحصل خلل لا فى ركنه ولا فى محله. وهو ثلاثة أنواع: نافذ لازم ونافذ غير لازم. وموقوف

وغير صحيح هو مالم يكن مشروعا أصلا. ويسمى باطلا. أوكان مشروعا بأصله دون وصفه ويسمى فاسدا. ويلحق بقسم غير الصحيح ما كان مشروعا بأصله ووصفه ولكن نهى عنه لسبب خارج عن العقد ويسمي مكروها

(بيان أقسام البيع الصحيح)

(١) البيع النافذ اللازم

البيع النافذ اللازم هو الذى لم يتعلق به حق الغير بأن لم يكن مرهونا ولا مستأجرا . ولم يكن فيه خيار من الخيارات السابقة

وحكمه ثبوت الملك فى البدلين لكل من المتعاقدين بمجرد تمام العقد ولو لم يحصل تسليم ولاتسلم سواء كان المبيع عقار أم منقولا مفرزا أم شائعا . وتقوم ورثة كل من المتعاقدين مقامه فى قبض المبيع وتوابعه اذا مات قبل القبض

ويترتب على البيع اللازم أربعة أمور وهى :

(١) — وجوب دفع الثمن الحال قبل قبض المبيع اذا كان المبيع موجودا فى محل العقد والا فيتأخر دفعه الى حين حضوره

(٢) — وجوب تسليم المبيع عقب قبض الثمن الحال . فان كان الثمن مؤجلا وجب تسليم المبيع أولا

(٣) — ضمان البائع الثمن للمشترى بأحد أمرين: الأول ان استحق المبيع للغير بالبينة أو باقرار البائع على التفصيل الآتى (فى ضمان المبيع عند الاستحقاق) . الثانى ان هلك المبيع قبل تسليمه للمشترى سواء كان هلاكه بآفة سماوية كأن كان حيوانا فمات موتا طبيعيا أو وقع عليه السقف أو اختنق بزمامه أو استهلكه البائع . أما اذا هلك بفعل أجنبى كان المشترى مخيرا بين امضاء العقد والرجوع على الأجنبى بقيمة البيع يوم

هلاكه . وبين فسخه واسترداد الثمن ان كان أداه وللبائع الرجوع على الأجنبي بقيمة المبيع يوم الهلاك

أما اذا أهلكه المشترى أو استهلكه فيعتبر ذلك قبضا وعليه ثمنه ان لم يكن أداه ولا يرجع بشئ ان كان قد أداه

(٤) - وجوب أداء الثمن الحال للبائع اذا كان المشترى قد قبض المبيع قبل أدائه

(٢) البيع النافذ غير اللازم

البيع النافذ غير اللازم هو مافيه خيار من الخيارات السابقة لأحد المتعاقدين . أو لكل منهما أو لأجنبي عنهما

وحكمه يختلف باختلاف من له الخيار . وبيان ذلك :

أولا — أنه اذا كان الخيار للبائع فلا يخرج المبيع عن ملكه لان تمام العقد بالرضا : والخيار يفيد عدم الرضا بزوال ملكه عن المبيع حتى يتروى . ولهذا جاز تصرفه فيه ولو بعد تسليمه للمشترى . ولا يجوز للمشترى أن يتصرف فيه فى مدة الخيار ولو قبضه باذن البائع

ثانيا - اذا كان الخيار المشترى فلا يخرج الثمن عن ملكه كما ذكر

ثالثا — اذا كان الخيار لهما فلا يخرج مال كل منهما عن ملكه فى مدة الخيار

ومن لا خيار له فى الصورتين الأوليين يخرج ماله عن ملكه فى مدة خيار الآخر . هذا كله باتفاق الامام وصاحبيه : ومع اتفاقهم هذا

قد اختلفوا فى دخول مال من لا خيار له فى ملك من له الخيار . وعدم دخوله

فقال الامام أبو حنيفة أنه لا يدخل فى ملكه حتى لا يجتمع البدل والمبدل منه وهما المبيع والثمن فى ذمة شخص واحد من المتبايعين وهذا لا أصل له فى الشريعة الغراء . اذ المعارضة تقتضى المساواة فى تبادل الملكين

وقال الصاحبان أنه يدخل فى ملك الآخر حتى لا يكون سائبة[1] ولا سائبة فى الاسلام

---

(١) السائبة هى الحيوانات التى كانت العرب فى أيام الجاهلية تطلق سراحها اطلاقا تاما مأخوذة من ساب اذا جرى على سطح الأرض وهذه الحيوانات هى النوق التى تلد عشر اناث متتاليات فانها بعد ذلك تسيب فلا تركب ولا تحمل ولا يجز لها وبر ولا يحلب لها لبن الا لولد أو ضيف . هذا ما قاله الغزالى . وقال ابن عباس السائبة هى التي كانت تسيب للاصنام أى تعتق لها وكان الرجل يسيب من ماله ما يشاء فيجىء به الى السدنة وهم خدم آلهتهم فيطعمون من لبنها أبناء السبيل . والاصل فى تحريمها قوله تعالى (ماجعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام) . فالبحيرة بمعنى مبحورة أى مشقوقة الاذن وهى الناقة التي تلد خمسة أبطن آخرها فحل فانها بعد ذلك تشق أذنها وتسيب كالسائبة . والوصيلة هى الانثي التى يولد معها فى بطن واحدة مذكر من شاة وذلك أن الشاة كانت اذا ولدت أنثي تكون لصاحبها وان ولدت مذكرا يكون للآلهة أى يذبح قربانا لهم فاذا ولدت ذكرا وأنثى قالوا للأنثي وصيلة أى وصلت أخاها فلا يذبح للآلهة بل يترك لصاحبه . والحام مأخوذ من حماه يحميه اذا حفظه وهو الفحل اذا ركب ولد ولده على الاناث للضراب فيقال حينئذ فيه قد حمى ظهره أى حفظه عن الركوب وغيره . ويقال انه الفحل الذى يضرب فى الابل عشر سنين فيخلى سبيله . وحكمة النهى عن هذه الأشياء أن هذه الحيوانات مخلوقة لمنافع الناس فتركها واهمالها يقتضى فوات منفعة على مالكها واضاعة المال فى غير ما يقتضيه الشرع والعقل ممنوع شرعا وعقلا

وأجاب الامام عن ذلك بأن السائبة المحرمة فى الشريعة الاسلامية هى التى لا ملك فيها ولا تعلق ملك لأحد على الأبد . والمبيع هنا ليس كذلك لأن عدم ملكيته لأحد المتعاقدين مؤقت بمدة الخيار ثم يصير ملكا لواحد منهما بالاجازة أو الفسخ . وقول الامام هو المعتمد

ويترتب على الخلاف بين الامام وصاحبيه ما يأتى :

(١) — أنه لو اشترى شخص قريبا له ذا رحم محرم منه وشرط لنفسه الخيار دون البائع . فعند الامام لا يعتق عليه لأنه لم يتملكه — وعند الصاحبين يعتق عليه لأنه ملكه

(٢) — لو قال شخص ان ملكت عبداً فهو حر فاشتراه بشرط الخيار لا يعتق عند الامام . ويعتق عند الصاحبين

الى غير ذلك من المسائل المترتبة أحكامها على هذا الخلاف

هذا كله اذا كان المبيع موجوداً فان كان قد هلك فى مدة الخيار فحكمه يختلف باختلاف من له الخيار . وباختلاف من هلك المبيع فى يده ويتبين ذلك فى المبحث الآتى :

حكم هلاك المبيع فى مدة الخيار * المبيع اما أن يهلك فى مدة الخيار تحت يد البائع أو تحت يد المشترى وعلى كل فاما أن يكون الخيار وقت هلاكه للبائع أو للمشترى ولكل حكم يخصه واليك بيانه

أولا — أنه اذا كان الخيار للبائع وهلك المبيع فى يده بطل البيع . ويتبع فى الهلاك من جهة الضمان وعدمه التفصيل الآتى :

(١) — اذا كان الهلاك بآفة سماوية أو بفعل المبيع رد البائع الثمن للمشترى ان كان قبضه وليس له أن يطالبه به ان لم يكن قبضه

(٢) - اذا كان الهلاك بفعل المشترى لزمته قيمته يوم هلاكه ان كان قيميا ومثله ان كان مثليا . ثم ان كان قد أدى الثمن وظهر مساويا للقيمه تقاصا . وان كان أكثر منها سقطا مايقابل القيمة واسترد ما زاد عنها . وان كان أقل أدى الباقى للبائع

(٣) — اذا كان الهلاك بفعل أجنبى رجع عليه البائع بقيمته يوم هلاكه أو بمثله وعليه رد الثمن للمشترى ان كان قبضه

ثانيا — أنه اذا كان الخيار للبائع وهلك المبيع فى يد المشترى بطل البيع . وقد اختلف فى حكم هلاكه بدون تعد . فقال بعض الفقهاء أنه يهلك على المشترى بقيمته يوم هلاكه ان كان قيميا . ومثله ان كان مثليا وذلك لأن البيع كان موقوفا فى حق المبيع بسبب الخيار ولا يمكن نفاذه بالهلاك لأنه لا نفاذ بلا محل فصار المبيع فى يد المشترى مقبوضا على سوم [1] الشراء وفيه اذا هلك المثل أو القيمة

وقال بعضهم لايضمنه لانه قبضه باذن صاحبه فصار أمانة فى يده والأمانات لاتضمن اذا هلكت بدون تعد فان أهلكه المشترى ضمنه باتفاق بالقيمة يوم الهلاك أو المثل . وان أهلكه أجنبى فعليه قيمته للبائع يوم هلاكه ان كان قيميا ومثله ان كان مثليا

ثالثا — أنه اذا كان الخيار للمشترى وهلك المبيع فى يد البائع بغير فعل المشترى بطل البيع حتى لو أجازه المشترى بعد الهلاك لان هذه

---

(١) سوم الشراء هو الذى يؤخذ فيه المبيع بعد الاتفاق على ثمنه لتجربته وهو اذا هلك فى يد من أخذه يهلك عليه . وهناك نوع آخر يقال له سوم النظر وهو الذى يؤخذ قبل الاتفاق على ثمنه لهذا الغرض وحكمه أنه أمانة فى يد من أخذه

الاجازة غير معتبرة شرعاً لعدم وجود المعقود عليه وقت حصولها .
فان هلك بفعل المشترى اعتبر اهلاكه اجازة للبيع وقبضاً للمبيع ولزمه أداء الثمن للبائع ان لم يكن أداه

رابعاً — أنه اذا كان الخيار للمشترى وهلك المبيع فى يده لزم البيع ووجب عليه أداء ثمنه للبائع ان لم يكن أداه مهما كان سبب الهلاك ثم ان كان الذى أهلكه هو البائع أو غيره فله الرجوع عليه بقيمته يوم هلاكه ان كان قيميا وبمثله ان كان مثليا

بقى من أحكام البيع النافذ غير اللازم حكم ماذا تعيب المبيع فى مدة الخيار واليك بيانه :

حكم تعيب المبيع فى مدة الخيار

المبيع اما أن يتعيب فى مدة الخيار تحت يد البائع . أو تحت يد المشترى . وعلى كل فاما أن يكون الخيار وقت تعيبه للبائع أو المشترى واليك حكم كل :

أولا — أنه اذا كان الخيار للبائع وتعيب المبيع فى يده بقى الخيار على حاله ولكن يثبت للمشترى خيار جديد وهو خيار العيب فيكون له أن يأخذه بكل الثمن معيبا وبين أن يفسخ العقد

ثانيا — أنه اذا كان الخيار للبائع وتعيب المبيع فى يد المشترى وجب على المشترى قيمته يوم تعيبه ان كان قيميا أو مثله ان كان مثليا لأن المبيع لم يخرج عن ملك البائع . ولا يجوز للمشترى رده إلا برضا البائع لان حقه تعلق به سليما فلا يجوز رده اليه معيبا

ثالثا — أنه اذا كان الخيار المشترى وتعيب المبيع فى يد البائع

بقى الخيار وثبت له خيار آخر وهو خيار العيب فيكون له الحق فى أخذه معيبا بكل الثمن وبين فسخ العقد

رابعا — أنه اذا كان الخيار للمشترى وتعيب المبيع فى يده لزم البيع وليس له رده مطلقا الا برضا البائع لأنه تعلق حقه به سليما فلا يلزم بقبوله معيبا

(٣) البيع الموقوف

البيع الموقوف هو الذى صدر ممن لا يملك التصرف المطلق فى المبيع وأنواعه كثيرة . وقد قال ابن عابدين أنها تزيد على ثلاثين نوعا واليك بيانها : بيع الفضولى . والشىء المرهون . والمستأجر . والارض التى فى مزارعة الغير . وسيأتى بيانها . والبيع الذى يباشره العبد والصبى المحجورين . والسفيه . والبيع لهم . وقدسبق بيانها . وبيع الشىء برقمة أى المكتوب عليه مع عدم رؤية المشترى الرقم فانه موقوف على العلم به فى المجلس على قول بعض الفقهاء فان علمه فيه كان البيع موقوفا على رضاه به فان رضى به نفذ والا بطل . فان كان الرقم مشاهداً معروفا للمتعاقدين فالبيع نافذ والبيع بما يريده أو يحبه أو يقوله فلان سواء كان من المتعاقدين أو من غيرهما فانه يكون موقوفا على بيانه فى المجلس فان أبان نفذ ويكون له خيار ظهور الكمية وان لم يبين فسد : والبيع بما باع فلان والبائع يعلم والمشترى لا يعلم ، ومثل ما يبيع الناس به أوما أخذ به فلان ان علم كل منهما فى المجلس والا فسد لجهالة الثمن جهالة فاحشة تؤدى الى النزاع . وبيع الشىء بقيمته ان علمت فى المجلس والا فسد البيع لما

ذكر . وبيع الغاصب اذا باع المغصوب على أنه مملوك لصاحبه وقال بعض الفقهاء أنه موقوف ولو باعه على أنه مملوك لنفسه وهو الظاهر المعتمد . وقال البعض الآخر يكون فاسداً . وبيع المالك الشيء المغصوب فانه متوقف على اقامة البينة أو اقرار الغاصب بأن المبيع مملوك لبائعه . وبيع مافي تسليمه ضرر موقوف على التسليم في المجلس كبيع جذع من سقف سواء كان معينا أو غير معين لأنه وان صدر فاسداً ولكنه ينقلب صحيحا اذا حصل التسليم في المجلس فيكون في مدة المجلس في حكم الموقوف وفيما بعده في حكم الفاسد . وبيع المريض لوارثه فانه موقوف على اجازة بقية الورثه . وبيع الورثة التركة المستغرقة بالديون فانه موقوف على اجازة الدائنين . وبيع أحد الدائنين أو الوكيلين أو الوصيين أو الناظرين اذا باع بحضور الآخر فانه يكون موقوفا على اجازته فان باع بغيبته بطل البيع . وبيع المبيع لغير مشتريه قبل تسليمه له فانه في العقار موقوف على اجازة المشترى الاول على رأى الامام وأبي يوسف وفي المنقول فاسد باتفاق ولا يصح بالاجازة لأن المشترى نفسه بصفته مالكا لايملك هذا التصرف فلا يملكه غيره من باب أولى . وما شرط فيه الخيار أكثر من ثلاثة أيام على رأى الامام أبي حنيفة فانه يكون موقوفا على الاجازة في مدة الايام الثلاثة . وشراء الوكيل بعض شيء وكل في شرائه كله . وبيع المولى عبده المأذون بالتجارة فانه موقوف على اجازة غرماء العبد . وبيع أحد الشريكين نصيبه في شيء مشترك بالخلط أو الاختلاط فانه موقوف على اجازة شريكه

وحكم البيع الموقوف أنه لايفيد الملك الا بالاجازة المعتبرة شرعا

وهى التى تحصل وكل من المتعاقدين موجود وأهل للتصرف . والمبيع موجود أيضا . وكذا الثمن ان كان عينا معينة . ولا تنفذ فيه تصرفات المشترى مطلقا ولو بالوقف بعد قبض المبيع برضا البائع وقبل الاجازة المذكورة

واذا طرأ بيع بات على بيع موقوف أبطله كما اذا باع المالك قبل الاجازة ما باعه الفضولى . فان بيع المالك يبطل بيع الفضولى وكذلك بيع الولى أو الوصى اذا طرأ على بيع المحجور عليه فانه يبطله

(أقسام البيع غير الصحيح)

البيع غير الصحيح ينقسم الى قسمين : باطل وفاسد ، ويلتحق بهما من أقسام الصحيح فى النهى عنه البيع المكروه . واليك بيان كل

البيع الباطل

البيع الباطل هو ماليس مشروعا لا بأصله ولا بوصفه . وبعبارة أخرى هو ماحصل خلل فى ركنه أو فى محله . فالخلل الذى يحصل فى الركن يكون بانعدام أحد شروط الانعقاد فى الصيغة . والعاقدين . ومجلس العقد . والخلل الذى يحصل فى المحل يكون بانعدام أحد شروط الانعقاد فى المعقود عليه وهو المبيع . وقد سبق بيان هذه الشروط قريبا وكل بيع لا يكون مشروعا بأصله لايكون بالأولى مشروعا بوصفه ولا عكس وسيأتى فى البيع الفاسد معنى عدم مشروعية البيع بوصفه وحكم البيع الباطل أنه لا يترتب عليه شئ أصلا ولا يفيد الملك مطلقا

ولو قبض المشترى المبيع باذن بائعه . ولا تنفذ فيه تصرفاته ولو كانت بالوقف . وعلى البائع أن يسترده مادام موجوداً سواء كان عند المشترى أو عند غيره . وقد اختلف الامام وصاحباه فى حكم هلاك المبيع تحت يد المشترى . فقال الامام ان المبيع أمانة تحت يد المشترى فاذا هلك بالتعدى ضمنه واذا هلك بدون تعد فلا ضمان عليه لان العقد غير منعقد فبقى القبض باذن المالك وذلك لا يوجب الضمان . وقال الصاحبان انه مضمون عليه فاذا هلك ضمنه سواء كان هلاكه بتعد أو بدون تعد لانه قبضه على أنه مملوك له وهذا لا يكون أقل حالا من المقبوض على سوم الشراء أما الامانة فتقبض على أنها مملوكة لصاحبها وضمانه يكون بمثله ان كان مثلياً وبقيمته يوم قبضه ان كان قيمياً

أنواع البيوع الباطلة

أنواع البيوع الباطلة كثيرة . منها ما يكون سبب بطلانه عدم الاهلية كبيع الصبى الذى لا يعقل والمجنون حسب التفصيل الذى عرفته فى كتاب العقود . ومنها مايكون بسبب الخلل الذى يحصل فى الصيغة كاختلاف القبول عن الايجاب أو اختلاف مجلس العقد . ومنها مايكون بسبب الخلل الذى يحصل فى محل العقد وذلك كثير جداً ومنه ما يأتى :

بيع ماليس بمال أصلا أى فى سائر الاديان السماوية كالدم المسفوح لا المتجمد خلقة كالكبد والطحال . والميتة التى ماتت حتف أنفها ماعدا السمك والجراد مالم يتعفنا ويعتريهما الفساد والا بطل بيعهما لضررهما

والحرث ومنه ما كان يختطفه النخاسون أو يشترونه من أهله ويبيعونه وقد كان ذلك شائعا بين جميع الأمم ولكن قد تضافرت الحكومات واتحدت كلها على منع هذا البيع والشراء منعا باتا ورتبت عقابا صارما على من يخالف هذا المنع أو يساعد على مخالفته بأية وسيلة من الوسائل فأزالت بذلك منكرا شرعيا غفل الناس عن ازالته زمنا طويلا ومن الحكومات التى كانت لها اليد البيضاء فى الضرب على أيدى النخاسين ومن يشترى منهم الحكومة المصرية فانها ألفت مصلحة خاصة لهذا الغرض تعرف « بمصلحة منع تجارة الرقيق » وهذه المصلحة لم تأخذها فى تنفيذ أوامر الحكومة لومة لائم ولم تفرق فى طلب توقيع العقاب على كل من خالف القوانين التى وضعت لهذا الغرض بين عظيم وحقير وغنى وفقير بل ساوت بين الجميع ولهذا لم يبق للنخاسة أثر فى مصر مطلقا . والحكومة الآن مجدة فى منع مايسمونه بالرقيق الابيض وهو من يجلبه من لا خلاق لهم من أبناء فقراء القارة الاوروبية والاسيوية وبناتهم لاغراض سافلة فلحكومتنا السنية من حماة الشريعة الغراء خصوصا وسائر أفراد المجتمع الانسانى عموما واجب الشكر والثناء على ازالتها منكرا شرعيا . أعانها الله على اتمام هذا الغرض الشريف . ووفقها الى ادامة هذه العناية حتى تتلاشى مثل هذه العادات القبيحة التى شوهت سمعة الاسلام عند من لايعرفه وطمست فى كثير من الازمان وجه الحقيقة فاختلط الحق بالباطل . وما ذلك على همتها بعزيز فى ظل ورعاية المليك المفدى

وكما يبطل بيع الاشياء المذكورة يبطل البيع بها بأن تجعل ثمناً .

ومن البيوع الباطلة أيضا بيع المال غير المتقوم كالخمر والخنزير والميتة التى لم تمت حتف أنفها كالموقوذة . هذا اذا كان غير المتقوم مبيعا فان كان ثمنا بأن دخلت عليه الباء التى تدخل على الاثمان وكان مثليا ومايقابله مالا متقوما قيميا كان البيع فاسدا فيملك المبيع بالقبض ويأخذ جميع أحكام البيع الفاسد الآتى بيانها ومن البيوع الباطلة بيع ماليس بمملوك فى نفسه بأن كان من الاموال المباحة قبل احرازها كبيع السمك قبل الصيد لانه بيع مالم يملكه الانسان أى أنه معدوم بالنسبة اليه . ولقوله عليه الصلاة والسلام « لاتشتروا السمك فى الماء فانه غرر » أما اذا باعه بعد صيده فان ألقاه بعده فى حظيرة أى جزء من الماء محصور بحدود كالبحيرة فى جانب النهر أو البحر ينظر : فان كانت الحظيرة كبيرة بحيث لا يمكن أخذه منها الا بحيلة ومشقة كان بيعه فاسدا على القول الأصح لعدم القدرة على التسليم وقيل يكون باطلا . وان كانت صغيرة بحيث يسهل أخذه جاز بيعه لأنه حينئذ مقدور التسليم ويكون للمشترى بعد اخراجه من الماء خيار الرؤية ولا يعتد برؤيته وهو فى الماء لأن السمك وغيره يتفاوت فى الماء وخارجه . أما اذا دخل السمك الحظيرة بنفسه من غير عمل فان كان أعدها لذلك ملكه وصح بيعه والا فلا يصح ولو كان مقدور التسليم لعدم الاحراز . ومثل السمك غيره من الحيوانات المباحة . وكذلك يبطل بيع الكلأ المباح واجارته . والماء غير المحرز وغير ذلك مما سبق بيانه فى الاموال المباحة . ويبطل بيع الوقف الا بمسوغ شرعى . وبيع المعدوم الا ما سبق استثناؤه من بيع

السلم والاستصناع. والاستجرار. وما تتلاحق آحاده وتظهر شيئا فشيئا حسب التفصيل السابق فى شروط البيع

وبيع ما هو فى حكم المعدوم مما له خطر العدم كالحمل فى بطن أمه . واللبن فى الضرع . والسمن فى اللبن . والفرخ فى البيض . فقد ينزل الحمل ميتاً . وأن يكون ما فى الضرع انتفاخا . وقد لا يخرج اللبن سمنا ولا البيض فرخا . واذا بيع مايصح بيعه مع مايبطل كبيع حيوان متقوم مع ميتة فان لم يسمَّ لكل شيء ثمن على حدته فالبيع باطل اتفاقاً فى الجميع وان سمى لكل منهما ثمن مخصوص فقال الامام يبطل فى الكل أيضا لان الصفقة لاتتفرق فيسرى البطلان عليهما . وقال الصاحبان يصح فى الحيوان المتقوم ويبطل فى غيره لانه لما سمِّى لكل واحد ثمن تصير الصفقة متعددة معنى فلا يسرى البطلان من احدى الصفقتين الى الاخرى ومثل ذلك بيع ملك مع مسجد عامر . فان بيع الملك مع وقف آخر صح البيع فى الملك بحصته ولو لم يسم لكل منهما ثمن مخصوص على أصح الاقوال وبطل فى الوقف والفرق بينهما أن المسجد العامر لايقبل البيع أصلا فيبطل بيع ماضم اليه لان البطلان قوى فيسرى على ماجاوره . وغيره يقبله فى بعض الاحوال كما اذا اشترط فيه الاستبدال أو أذن القاضى بالاستبدال لمنفعة الوقف لان البطلان ضعيف فلا يسرى على ماجاوره . ومثل هذا بيع أحد الشريكين لشريكه كل الدار المشتركة بينهما فان البيع يصح فى نصيب البائع بما يقابله من الثمن ولا يجوز له الرجوع فيه بحجة أنه باعه مع مالا يملك

ويبطل البيع الذى صرح فيه بنفى الثمن لانعدام ركنه وهو المال

من أحد الجانبين فلم يكن بيعا فان كان الثمن مسكوتا عنه كان البيع فاسدا . ولا يكون عقد هبة . وبيع مجرد حق التعلي وهو اقامة علو على سفل للبائع لأن المبيع ليس بمال ولا حق متعلق بمال بل هو متعلق بالهواء ومن المقرر أن بيع الحقوق المجردة باطل أما بيع العلو القائم فهو صحيح ويكون للمشتري حق القرار على سقف صاحب السفل . وبيع البراءات وهي الاوراق التي تكتب بعطاء لشخص على العاملين للحكومة في البلاد فانه بيع مالم يملك ولأن الورقة في ذاتها لاقيمة لها . وبيع الزرع المغيب في الأرض قبل نباته لأنه في حكم المعدوم فلو نبت صح بيعه وللمشتري خيار ظهور الكمية ان كان مكيلا كالفول السوداني أو موزونا كالبطاطس فان لم يكن كذلك فلا بد من رؤية جميع المبيع كالفجل والجزر . وبيع ضربة القانص وهي رمي الشبكة للصيد فلو باع شخص ما تخرجه شبكته في الرمية الآتية مثلا كان البيع باطلا لانه باع ماهو معدوم بالنسبة اليه . واختلف في بيع المرتبات التي يستحقها المستحقون في بيت المال . والمعاشات في كونه باطلا أو فاسدا . والصحيح أنه فاسد لأنه عبارة عن بيع الدين لغير من عليه الدين وهو فاسد على القول المعول عليه

ومن البيوع الباطلة التنازل عن الوظائف بمال على رأي بعض الفقهاء سواء كانت وظائف دينية كالامامة والخطابة والأذان أو غيرها كنظارة الوقف والكتابة والتدريس ونحوها لانها من الحقوق المجردة وجميع الحقوق المجردة لا يجوز الاعتياض عنها بالمال الا في ثلاثة أحوال : (١) عصمة الزوجة (٢) حق الرق (٣) حق القصاص . وقال البعض

الآخر من الفقهاء يجوز الاعتياض عنها بالمال لجريان العرف به ومما قالوه ان التنازل عن الوظائف بمال ليس له شيء يعتمد عليه ولكن العلماء والحكام تعارفوا ذلك للضرورة واشترطوا امضاء ناظر الوقف لئلا يقع فيه نزاع . وبما أن هذه المسألة مبناها العرف وجب أن نبين العرف ما هو ومتى يصح أن يبنى عليه حكم شرعى واليك بيانه ملخصا من رسالة للامام ابن عابدين عنوانها (نشر العرف . فى بناء بعض الاحكام على العرف)

العرف

(ومتى يصح بناء الاحكام الشرعية عليه)

تعريف العرف وأقسامه

جاء فى شرح المغنى العرف أو العادة عبارة عما يستقر فى النفوس من الامور المتكررة المعقولة عند الطباع السليمة وهو ثلاثة أنواع : (١) العرف العام كوضع القدم أى قوله والله لا أضع قدمى فى دار فلان فهو فى العرف العام بمعنى الدخول فيحنث سواء دخلها ماشيا أو راكبا ولو وضع قدمه فى الدار بلا دخول لا يحنث . والعرف العام هو الشائع المستفيض فى جميع الجهات . (٢) العرف الخاص كاصطلاح كل طائفة مخصوصة على شيء كالرفع للنحاة (٣) العرف الشرعى كالصلاة والزكاة والحج فانها تركت معانيها اللغوية بمعانيها الشرعية

وجاء فى الاشباه : العادة والعرف ما استقر فى النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول. وجاء فى شرح التحرير : العادة هى

الامر المتكرر من غير علاقة عقلية . وذلك أن العادة مأخوذة من المعاودة فهى بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة فى النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث حقيقتهما

وينقسم العرف الى قسمين: قولى وعملى. فالاول كتعارف قوم اطلاق لفظ لمعنى بحيث لا يتبادر الى الذهن عند سماعه غيره . والثانى كتعارفهم أكل البر ولحم الضأن . والاول وهو القولى مخصص للعام اتفاقا كالدراهم تطلق ويراد بها النقد الغالب فى البلدة . والثانى أى العملى مخصص للعام أيضا عند الحنفية دون الشافعية فاذا قال اشتر لى طعاما أو لحما انصرف الى البر ولحم الضأن عملا بالعرف العملى

وقد استدل بعض العلماء على اعتبار العرف بقوله تعالى (خذ العفو وأمر بالعرف) وهو غير وجيه وقال فى الأشباه ـ القاعدة السادسة (العادة محكمة) وأصلها قوله عليه الصلاة والسلام (ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن)

وقال العلاء ليس هذا بحديث وانما هو من قول عبد الله ابن مسعود رضى الله عنه كما قال الامام أحمد فى مسنده

واعلم أن اعتبار العرف والعادة رجع اليه فى مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا من أصول الفقه فقالوا فى باب ما تترك به الحقيقة (تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة) . وفى شرح الاشباه (الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعى) وفى المبسوط (الثابت بالعرف كالثابت بالنص)

ويتفرع على هـذا ماقيل فى القنية ليس للمفتى ولا للقاضى أن يحكما على ظاهر المذهب ويتركا العرف . وهذا بحسب الظاهر مشكل فقد صرحوا بأن الرواية اذا كانت فى كتب ظاهر الرواية لايعدل عنها الا اذا صحح المشايخ غيرها لأن ظاهر الرواية قد يكون مبنيا على نص صريح من الكتاب . أو السنة . أو الاجماع . ولا اعتبار للعرف المخالف للنص لأن العرف قد يكون مبنيا على باطل بخلاف النص . وأجاب ابن عابدين عن هـذا الاشكال بقوله : اعلم أن العرف نوعان خاص . وعام . وكل منهما اما أن يوافق الدليل الشرعى والمنصوص عليه فى كتب ظاهر الرواية أولا . فان وافقها فلا كلام . وان خالف فاما أن يخالف الدليل الشرعى . أو المنصوص عليه فى المذهب وينحصر الكلام على ذلك فى مبحثين

المبحث الأول فى مخالفة العرف للدليل الشرعى

اعلم أن العرف اذا خالف الدليل الشرعى فان خالفه من كل وجه بأن لزم منه ترك النص فلا شك فى رده كتعارف الناس كثيرا من المحرمات كالزنا . وشرب الخمر . ولبس الحرير وغير ذلك مما ورد تحريمه نصا . وان لم يخالفه من كل وجه بأن ورد الدليل عاما والعرف خالفه فى بعض أفراده . أو كان الدليل قياسا وخالفه العرف . ينظر : فان كان العرف عاما صلح مخصصا للدليل ويترك به القياس كما صرحوا به فى مسألة الاستصناع . وان كان العرف خاصا فقال بعض

الفقهاء لايعتبر وقال في الأشباه ان عدم اعتباره هو المذهب ولكن أفتى كثير من المشايخ باعتباره

وقال في البزازية — الحكم العام لايثبت بالعرف الخاص وقيل يثبت ويتفرع على ذلك أنه لو اقترض ألفا من زيد واستأجره المستقرض لحفظ ملعقة أو نحوها من الأشياء التافهة القيمة كل شهر بعشرة جنيهات ففيها ثلاثة أقوال

(١) - صحة الاجارة بلا كراهة اعتباراً لعرف خواص بخارى

(٢) - صحة الاجارة مع الكراهة للاختلاف في حكمها

(٣) — الفساد لان صحة الاجارة بالتعارف العام ولم يوجد

ومن قال بالصحة أباح المقرض أن يأخذ ربحا من المستقرض بالحيلة المذكورة وهي استئجاره على حفظ الملعقة بأجرة عالية - ولكن لايخفى أنه لاضرورة الى الاستئجار على حفظ مالا يحتاج الى الحفظ باضعاف قيمته فانه ليس مما يقصده العقلاء كما لم يجز استئجار دابة ليجنبها وحينئذ يكون الارجح فساد الاجارة

والخلاف المذكور في الاستئجار على حفظ الملعقة يقال في بيع الشرب يوما أو أقل أو أكثر لتعامل أهل بلخ ببيعه وهو عرف خاص

وقد ذكروا أن البر - والشعير - والتمر - والملح - مكيلة أبدا بنص رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها فيشترط التساوى بالكيل ولا يلتفت الى التساوى في الوزن . وأن الذهب والفضة . موزونة أبدا للنص على وزنهما فلابد من التساوى في الوزن ولا عبرة بالتساوى في العدد .وأجاز الامام أبو يوسف التساوى بالوزن في المكيلات المذكورة وبالعدد في

النقود الذهبية والفضية اذا تعارف الناس ذلك وعلل النص المذكور بالعادة بمعنى أنه انما نص على البر وما بعده بأنها مكيلة وعلى الذهب والفضة بأنها موزونة لكونهما كانا كذلك فى ذلك الوقت . حتى لو كانت العادة فى عهده عليه الصلاة والسلام وزن البر وما بعده وعد أو كيل الذهب والفضة لجاء النص به . فحيث كانت العلة للنص على المكيلات والموزونات هى العادة تكون العادة هى المنظور اليها فاذا تغيرت تغير الحكم فليس فى اعتبار العادة المتغيرة الحادثة مخالفة للنص بل فيه اتباع له . وظاهر كلام المحقق بن الهمام ترجيح هذه الرواية

وعلى هـذا فلو تعارف الناس بيع الدراهم بالدراهم أو استقراضها بالعدد كما فى زماننا لايكون مخالفا للنص

فان قلت ان ماتقدم من أن العرف العام يصلح مخصصا للأثر ويترك به القياس انما هو فيما اذا كان عاما من عهد الصحابة ومن بعدهم بدليل ماقالوا فى الاستصناع ان القياس عدم جوازه لكنا تركنا القياس بالتعامل من غير نكير من أحد من الصحابة ولا من التابعين ولا من علماء كل عصر وهذا حجة يترك به القياس

فالجواب : أن من نظر الى فروعهم علم أن المراد بالعرف ماهو أعم من ذلك ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام (نهى عن بيع وشرط) وقد صرح الفقهاء بأن الشرط المتعارف لايفسد البيع كشراء نعل على أن يحذوها البائع . أو ثوب على أن يصلحه . أو ساعة على أن يعمرها سنة مثلا . فانهم قالوا يصح كل ذلك للعرف . وهو تخصيص للأثر به . ثم قال ابن عابدين بعد كلام طويل فى أن العرف العام الذى يصلح مخصصا للأثر سواء

كان هذا العرف قديما واستمر . أو حادثا لم يكن موجودا من قبل ما محصله: العمل بالعرف الخاص ببلدة واحدة قول في المذهب والقول الضعيف يجوز العمل به عند الضرورة واستدل بما ذكر من قولهم بجواز بيع النعل بشرط أن يحذوه البائع استحسانا للتعامل . ثم قال ومثله في ديار مصر شراء القبقاب على شرط أن يسمر له البائع سيرا فهذا عرف حادث وخاص أيضا اذ كثير من البلاد لا يلبس فيها القبقات وقد جعله معتبرا مخصصا للنص الناهي عن بيع بشرط

المبحث الثاني . فيما خالف فيه العرف ظاهر الرواية

اعلم أن المسائل الفقهية اما أن تكون ثابتة بصريح النص وقد سبق بيانها في المبحث السابق . واما أن تكون ثابتة بالاجتهاد والرأى . وكثير من هذه كان يبينه المجتهد على ما كان في عرف زمانه بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أولا . ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد ولا بد فيه من معرفة عادات الناس فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله . ولحدوث ضرورة . أو فساد أهل الزمان بحيث لو بقى الحكم على ما كان عليه للزم منه المشقة والضرر بالناس ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن احكام . ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا مانص عليه المجتهد في مواضيع كثيرة بناها على ما كان في زمنه لعلمهم أنه لو كان في عهدهم لقال بما قالوا به أخذا من قواعد مذهبه

واليك بعض ما خالف فيه المشايخ المجتهد :

(١) — جواز الاستئجار على تعليم القرآن لانقطاع العطايا التى كانت تعطى لمعلميه فى الصدر الأول ولو اشتغل المعلمون بالتعليم بلا أجرة يلزم ضياعهم وضياع عيالهم . ولو اشتغلوا بالاكتساب من حرفة وصناعة لزم ضياع القرآن فأفتوا بجواز أخذ الاجرة على التعليم وعلى الامامة والأذان مع أن ذلك مخالف لقول الامام وصاحبيه بعدم جواز الاستئجار عليها كسائر الطاعات

(٢) — تضمين الأجير المشترك على التفصيل الذى سيذكر فى مبحث الأجير من كتاب الاجارة

(٣) — عدم التصريح للوصى بالمضاربة فى مال اليتيم فى زماننا

(٤) — تضمين الغاصب ريع عقار اليتيم والوقف

(٥) — عدم اجارة مبانى الوقف أكثر من سنة ومزارعه أكثر من ثلاث سنين

(٦) — منع النساء من حضور المساجد للصلاة وقد كن يحضرنها فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم

(٧) — عدم تصديق الزوجة بعد الدخول بها بأنها لم تقبض المشروط تعجيله من المهر مع أنها منكرة

(٨) — وقوع الطلاق بقوله كل حل على حرام بدون نية

(٩) — بيع الوفاء والاستصناع

(١٠) — اختلاف الزوجين فى أمتعة البيت بجعل القول لكل واحد منهما فى الصالح له وللزوج فى غيره

(١١) – عدم سماع الدعوى ممن سكت بعد اطلاعه على مبيع جاره أو قريبه دارا مثلا

(١٢) – اذا كان على عنق كناس فى منزل قطيفة فهى لصاحب المنزل

(١٣) – اذا دخل رجل يعرف ببيع شىء منزل شخص آخر ومعه شىء من ذلك فادعياه فهو للمعروف ببيعه

(١٤) – لو وجد مع مسلم خمر وقال أريد تخليله أو هو ليس لى. فان كان مشهورا بالصلاح والتقوى خلى سبيله لان ظاهر حاله يشهدله والبناء على الظاهر واجب حتى يتبين خلافه

الى غير ذلك من المسائل التى عملوا فيها بالعرف والقرائن ونزل ذلك منزلة النطق الصريح اكتفاء بشاهد الحال عن صريح المقال واليه الاشارة بقوله تعالى (ان فى ذلك لآيات للمتوسمين) وقوله تعالى (وشهد شاهد من أهلها ان كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين. وان كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين)

وحيث كان العرف يتغير ويختلف باختلاف الأزمان فلو طرأ عرف جديد هل للمفتى فى زماننا أن يفتى فى وفقه ويخالف المنصوص فى كتب المذهب ؟ وهل للحاكم الآن العمل بالقرائن

فالجواب كما قال الامام ابن عابدين هو : اعلم أن المتأخرين الذين خالفوا المنصوص فى كتب المذهب فى المسائل السابقة لم يخالفوه الا لتغير الزمان والعرف وعلمهم أن صاحب المذهب لو كان فى زمنهم لقال بما قالوه . ولكن لابد لكل من المفتى والحاكم من نظر سديد

واشتغال كثير ومعرفة بالأحكام الشرعية والشروط المرعية فان تحكيم القرائن غير مطرد ألا ترى لو أن مغربيا تزوج بمشرقية وبينهما مسافة أكثر من ستة أشهر فجاءت بولد لستة أشهر ثبت نسبه منه لحديث (الولد للفراش) مع أن تصور الاجتماع بينهما بعيد جدا فى العادة ولكنه غير مستحيل عقلا لجواز حصوله بطريق الكرامة . واذا جاء ولد أسود لأبيضين ثبت نسبه منهما (١)

(١)-ليس فى انتساب الولد المخالف لأصله كل المخالفة فى اللون شرعا ما يدعو الى الاستغراب لان سبب ذلك أمر مشاهد معروف لجميع الافراد بلا فرق بين عظيم وحقير وغنى وفقير وعالم وجاهل وذى دين وغيره ألا وهو الوحم الذى يعترى الحاملات بعد الشهر الاول من حملهن فانه ليس فى الوجود من ينكر تأثيره فى تكون الحمل فاذا تأثرت نفس الحامل عند رؤية ذى اللون الاسود أو نحوه جاء حملها على هذا اللون وقد رأيت بنفسى من آثار الوحم الظاهرة فى المواليد مايفوق الحصر . وتأثير النفوس على غيرها أصبح من الموضوعات المهمة للعلوم الحديثة . وقد أيدت المشاهدات الحسية والتجارب العملية صحة انتساب الفرع بالاصل المخالف له تمام المخالفة فى الالوان والاخلاق والعادات والاشكال من طريق آخر غير طريق الوحم وهو طريق الوراثة لافرق فى ذلك بين الانسان والحيوان الاعجم والنبات فقال المثبت لذلك ان سبب الاختلاف هو وجود لون الفرع أو خلقه أو شكله فى أصل من أصوله وان بعد فان الوصف الموجود فى شىء لا ينمحى من فرعه محواً تاما وان طال الزمان وكثرت الوسائط بل يبقى كامنا كون النار فى الاحجار حتى يظهر فى وقت من الأوقات وقد صارت هذه المشاهدات والتجارب من القواعد العلمية المبنية على أساس حسابى ثابت وقاعدة هذه التجارب معروفة الآن بقاعدة « مندل » وهو أول من اكتشف هذا الاكتشاف العظيم . وقد ابتدأ تجاربه حسبما شافهنى به سعادة العالم البحاثة محمد شفيق باشا

واذا جاءت أقوال العلماء من غير ترجيح . أو اختلفوا فى تصحيح مسألة . يعتبر تغير العرف وأحوال الناس وما هو الأرفق بهم وماقوى

وكيل نظارة الاوقاف العمومية (وزير الاشغال) بالنباتات والذى لفت فكر المكتشف الى ذلك هو أنه وجد من النباتات ما يكون بذره متحد النوع ولكن زهره يأتى مختلف اللون فبعضه أحمر وبعضه أبيض وأن النسبة بين اللونين متساوية تقريبا فأخذ من بذور الزهر الابيض جزءا . ومن بذور الاحمر مثله وزرع كلا منهما فى جهة منفصلة عن الاخرى تمام الانفصال ووضع على كل نوع شبكة من الاسلاك التى لاتسمح للحشرات بالدخول وعمل حاجزا يفصل بينهما فصلا تاما حتى لا يحصل تلقيح أحد النوعين للآخر بواسطة الحيوانات أو الرياح فنتج عن ذلك أن زهور البذور المأخوذة من البيضاء كثر فيها الابيض وقل الأحمر وزهور البذور المأخوذة من الحمراء على العكس من ذلك . فأخذ من بذور الزهر الابيض الذى أصله أبيض ومن بذر الزهر الاحمر الذى أصله أحمر وأعاد زرعه بالصفة السابقة فجاءت زهور البذر الابيض ابن الابيض فى الغالب بيضاء وقل اللون الاحمر فيها . وعلى العكس من ذلك جاءت زهور البذر الاحمر ابن الاحمر . واستمر زمنا طويلا يوالى اختيار اللون الموافق لأصوله من النوعين . ويعيد الزرع فكان يجد اللون المخالف ينقص تدريجا بنسبة مطردة حتى صار فى النهاية قليلا جدا ولكنه لم ينقطع بالمرة بل كلما كرر الزرع وجد زهرا مخالفا لاصله

ثم بعد أن ثبت عنده كون صفات الأصول فى الفروع كونا دائميا فى النباتات وجه نظره الى تناسل الانسان والحيوان فوجد من بينهما ما يخالف الفرع أصله مخالفة تامة فمن المذكر والمؤنث الابيض ينتج أسود أو أسمر أو أحمر أو ما أشبه ذلك من الالوان المخالفة وهو مشاهد فى الحيوانات العجم أكثر من الانسان وبعد بحث طويل منه ومن غيره ممن حذا حذوه تقرر أن اختلاف المذكر والمؤنث فى صفة واحدة ينتج مجيء نسلهما على أربعة أشكال لانه اما أن يجيء لابيه واما أن يجيء لامه واما أن

وجهه . ولا يخلو الوجود من تمييز هذا حقيقة لا ظنا ويرجع من لم يميز الى

= يأخذ من صفات كل منهما بعضا وهذا اما أن يكون الى أبيه أقرب شبها أو الى أمه، وان اختلاف المذكر والمؤنث فى صفتين بأن كان طويلا أسود والأنثى قصيرة بيضاء واتحادهما فى بقية الصفات ينتج مجىء نسلهما على ستة عشر شكلا وهو حاصل ضرب الأشكال الأربعة التى نتجت من الاختلاف فى الصفة الأولى فى الاربعة التى نتجت من الاختلاف فى الصفة الثانية كما يتضح مما يأتى :

(١) طويل أسود
(٢) « أبيض
(٣) « متوسط اللون الى السواد أقرب
(٤) « « « » البياض »
(٥) قصير أبيض
(٦) « اسود
(٧) « متوسط اللون الى البياض أقرب
(٨) « « « » السواد أقرب
(٩) أسود متوسط القامة الى الطول أقرب
(١٠) « « « » القصر »
(١١) أبيض « « » الطول »
(١٢) « « « » القصر »
(١٣) متوسط اللون والقامة ولكنه الى الأب أقرب فيهما
(١٤) « « « « « » الام « «
(١٥) « « ولكنه الى الام أقرب . ومتوسط الطول ولكنه الى الاب أقرب
(١٦) متوسط اللون ولكنه الى الاب أقرب . ومتوسط الطول ولكنه الى الام أقرب

من يميز . وقد قالوا يفتى بقول أبي يوسف فيما يتعلق بالقضاء لكونه جرب الوقائع وعرف أحوال الناس

فهذا كله وأمثاله دلائل واضحة على أن المفتى ليس له الجمود على المنقول فى كتب ظاهر الرواية من غير مراعاة الزمان وأهله والا يضيع حقوقا كثيرة ويكون ضرره أعظم من نفعه فانا نرى الرجل يأتى مستفتيا عن حكم شرعى ويكون مراده التوصل بذلك الى اضرار غيره فلو أفتيناه عما سأل عنه نكون قد شاركناه فى الاثم لانه لم يتوصل الى مراده الا بسببنا

ولا فرق فى جواز اتباع المفتى للعرف وان خالف المنصوص عليه فى كتب ظاهر الرواية بين العرف العام والعرف الخاص الا فى أن العام يثبت به الحكم العام والخاص يثبت به الحكم الخاص اه من رسالة (نشر العرف . فى بناء بعض الأحكام على العرف) لابن عابدين

وأن اختلافهما فى ثلاث صفات ينتج مجىء نسلهما على أربع وستين شكلا حاصل ضرب الأربعة التى تنتج من الصفة الثالثة فى الأشكال الستة عشر التى نتجت من الاختلاف فى الصفتين الاولين وهكذا . ووضعت لذلك قاعدة هندسية تصاعديه أساسها ٤ فاذا كان من اختلاف شخصين فى صفاتهما ينتج ما ذكر من الأشكال الكثيرة العدد فكم ينتج من الأشكال بعد عدة بطون

ويترتب على ذلك أن الوالدين قد يكونان أبيضين ويجىء ولدهما أسود لأصل من أصوله . أو صالحين فيجىء فاسقا لهذا الأصل . أو أحمقين فيجىء متأنيا . أو بعكس ذلك تبعا لاختلاف أصوله . مثال ذلك أن يتزوج الأبيض سوداء فيجىء ابنهما أبيض لأبيه ثم ان هذا الابن اذا تزوج بيضاء قد يجىء ابنه منها أسود لجته أو أبيض لأبويه أو جده أو أسمر لأخذه شبها من جدته ووالديه أو جده وقس على ذلك ومن هذا كله تظهر المعجزة المحمدية ظهوراً جلياً وهى حكمة قوله عليه الصلاة والسلام (تخيروا لنطفكم فان العرق دساس)

البيع الفاسد

البيع الفاسد هو ما كان مشروعا بأصله دون وصفه . وبعبارة أخرى هو مالم يحصل خلل فى ركنه ولا فى محله بأنه استوفى شرائط انعقاده ولكن حصل خلل فى أوصافه الخارجية بأن فقد شرطا من شروط صحته السابق بيانها ولولا ذكر هذه الأوصاف التى حصل الخلل فيها لكان العقد صحيحاً

ومن الخلل فى الأوصاف الموجب لفساد عقد البيع أن يكون البائع مكرها أو مضطرا فيغبن غبنا فاحشا أوأن يكون المبيع أو الثمن أو الأجل فى البيع بثمن مؤجل مجهولا جهالة فاحشة مؤدية الى النزاع فمثال جهالة المبيع أن يقول بعتك شاة من هذا القطيع أو شجرة من هذه الأشجار أو بطيخة من هذا البطيخ أوغير ذلك مما تتفاوت آحاده تفاوتا يعتد به ويقبل المشترى فيريد البائع تسليم الأدون ويريد المشترى أخذ الأجود فيحصل النزاع وهو مفسد للعقد . ومثال جهالة الثمن أن يقول بعتك هذا التفاح مثلا بقيمته أو بحكم فلان أو بمائة ولم يبين نوعها فى بلد تعددت فيه النقود واختلفت فى المالية كمصر فلايدرى ان كانت مائة مليم أو قرش أو ريال أو جنيه فاذا قبل المشترى حينئذ كان العقد فاسدا لأن البائع يقول أردت البيع بالقروش أو الريالات أو الجنيهات والمشترى يقول أردت الشراء بالمليمات فيحصل النزاع ومثل ذلك ما اذا قال البائع بعتك هذا الحصان بألف (شلن) أو (فرنك) أو نحوهما وقال المشترى قبلت وهو لايدرى ما قيمة كل منهما . ومثال جهالة

الأجل أن يقول اشتريت منك هذا الحصان بمائة جنيه أدفعها اليك عند القدرة أو متى شئت أو اذا أمطرت السماء أو نحو ذلك مما تكون جهالته فاحشة مؤدية الى النزاع . فان كانت الجهالة يسيرة كما اذا قال فى المثال السابق أدفعها اليك وقت حصاد القمح صح العقد لأن زمنه يكاد يكون معينا تعيينا تاما لعدم التفاوت الكثير بين زمن الحصد فى بعض القمح والبعض الآخر . ويفسد البيع أيضا تأبيد الأجل وتأبيد مدة الخيار وجهالتها جهالة فاحشة باتفاق وزيادتها على ثلاثة أيام وان كانت معلومة فى غير الحوالة والكفالة على رأى الامام أبى حنيفة ويفسدها أيضا اقترانه بالشرط الفاسد . وبيع شخص ما اشتراه قبل قبضه لبائعه مطلقا ولغير بائعه ان كان منقولا أو عقارا يخشى هلاكه حسب التفصيل الآتى فى مبحث التصرف فى المبيع قبل قبضه . وشراء البائع ما باعه وسلمه للمشترى قبل قبض ثمنه بأقل من الثمن الذى باعه به . وأجازه الشافعى واستدل الحنفية بما روى من أن امرأة أبى اسحاق السبيعى دخلت على عائشة رضى الله عنها ومعها أم زيد ابن أرقم فقالت ياأم المؤمنين انى بعت غلاما من زيد بثمانمائة درهم نسيئة وانى ابتعته منه بستمائة نقدا فقالت لها عائشة بئسما شريت وبئسما شرى ان جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قد بطل الا أن يتوب . فهذا الوعيد دليل على أن هذا العقد فاسد وهو أى ما قالته السيدة عائشة لا يدرك بالرأى فدل على أنها قالته سماعا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . ومثل شراء البائع شراء من لا تقبل شهادتهم له . أما اذا اشتراه بمثل الثمن الأول أو أكثر صح لأن الربح حصل للمشترى بعد ما دخل المبيع فى ضمانه ويفسد

أيضا بيع كل ما فى بيعه ضرر سواء كان الضرر عائدا على البائع أم على المشترى أم على غيرهما كبيع جزع فى سقف قبل نزعه . و بيع جزء مما يضره التبعيض . و بيع أحد الشريكين نصيبه فى الزرع المشترك قبل نضجه لغير الشريك كما سيأتى مفصلا فى بيع المشاع . و بيع الثمر على النخل بتمر مجدود أى مقطوع مثل كيله خرصا أى حذرا وهـذا البيع كان يسمى فى الجاهلية بيع المزابنة ومعناها المدافعة لأنه يحـدث منازعة ومدافعة بين المتعاقدين و بيع الحنطة فى سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ويسمى هـذا البيع محاقلة لما روى عن ابن جريج قال قلت لعطاء ما المحاقلة ؟ قال.المحاقلة بيع الزرع بالقمح . والمحاقلة مأخوذة من الحقل وهو الموضع الطيب الذى يزرع فيـه . و بيع الثمـار قبل بدو صلاحها ويسمى بيع المخاضرة أى بيع الثمار خضرا . وسبب فساد البيع فى المزابنة والمحاقلة أنه بيع مكيل بمكيل نسيئة وغـير متحقق التساوى وفيه شبهة الربا . وفى بيع المخاضرة وجود الضرر للمشترى

وقال الامام الشافعى يجوز بيع المزابنة فيما دون خمسـة أوسق (١)

(١) الأوسق جمع وسق وهو مكيال كان يستعمل فى الجاهلية و بقى مستعملا الى ما بعد الاسـلام ومقداره ستون صاعا بصاع النبى صلى الله عليه وسلم وهو مكيال أيضا قدروا كل ثلاثة آصع به (كيلة مصرية تقريبا) فيكون الوسق عشرين كيلة مصرية أو ارد با وثمان كيلات تقريبا لأن الفقهاء نصوا على أن صدقة الفطر نصف صاع من البر أو دقيقه الخ . والـكيلة المصرية تفى بصدقة الفطر عن ستة أشخاص أى عن كل شخص قدح وثلث وهو نصف الصاع . ومن أجزاء الوسق : القفيز وهو $\frac{1}{3}$ الوسق أى عشرون صاعا . والمـكوك وهو $\frac{1}{8}$ القفيز أى صاعان ونصف . والمن . والمد $\frac{1}{4}$ صاع

لما روى من أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر على رءوس النخل بالتمر مجدوداً مثل كيله خرصا الا أصحاب العرايا فانه قد أذن لهم فكأن الامام الشافعى اعتبر العرايا بيعاً حقيقيا وأن هذا البيع لم يكن الا فى أقل من خمسة أوسق وانه مستثنى من عموم المنع عن بيع المزابنة

ولكن الامام أبا حنيفة وأصحابه لم يعتبروا العرايا بيعاً وأجازوها مطلقا أى فيما قل أو كثر عن خمسة أوسق اذ العرايا معناها العطايا وصورتها أن يهب شخص ثمر نخلة من بستان لآخر ثم يشق على المعرى أى الواهب دخول المعرى له فى بستانه كل ساعة ولا يرضى أن يرجع فى هبته فيعطى الموهوب له قدر ثمر النخلة تمراً مجدوداً أى مقطوعا وهذا التقدير يكون بالخرص أى الحذر . وانما لم يسم هذا بيعا حقيقياً لأن الموهوب له لم يملك ثمر النخلة لعدم القبض فصار الواهب بائع ملكه بملكه صورة اذ هو هبة مبتدأة وسمى ذلك بيعا مجازا لأنه فى الصورة عوض عما أعطاه

وأجابوا عن تقدير الامام الشافعى للعرايا بما دون خمسة الأوسق بأنه اتفق ان كانت العرايا فى المسألة التى استدل بها أقل من خمسة أوسق فظن أن الرخصة مقتصرة عليه فنقل كما وقع عنده وسكت عن السبب كذا فسره أهل الفقه والحديث فكان الحمل عليه أولى ومن هذه البيوع الفاسدة البيع بالقاء الحجر وذلك أن يرمى المشترى حجرا وتحته جملة أشياء معروضة للبيع فما وقع عليه الحجر يكون هو المبيع بلا تأمل ولا خيار ومن البيوع الفاسدة البيع بالملامسة وهى أن يقول بعتك هذا الشىء بكذا فاذا لمستك فقد وجب المبيع أو يقول المشترى ذلك والبيع بالمنابذة وهو

أنه ينبذ الرجل بثوبه وينبذ الآخر بثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض . ونظراً لما فى هذه البيوع من الجهالة الفاحشة والبعد عن المعقول لم تجزها الشريعة الغراء لحديث أنس بن مالك رضى الله عنه أنه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع المحاقلة والمخاضرة والمنابذة والملامسة والمزابنة » واختلف فى بيع النحل فقال الامام وأبو يوسف لايصح وقال محمد والشافعى يصح اذا كان محرزاً لأنه حيوان منتفع به وهذا هو الظاهر . واختلف أيضا فى بيع دود القز وبيضه فقال الامام لايجوز فيهما وقال محمد يجوز فيهما وقال أبو يوسف يجوز فى البيض دون الدود والظاهر المفتى به قول محمد . الى غير ذلك من أنواع البيوع الفاسدة ـ والضابط الذى تعرف به ان كان البيع باطلا أو فاسداً أو صحيحا هو أنه كلما ورد عليك عقد بيع فابحث أولا شروط انعقاده فان اختل شرط منها فاعلم أنه باطل ـ وان استوفاها فاعلم انه منعقد أى غير باطل ـ ثم ابحث ثانيا شروط صحته فان اختل شرط منها فاعلم أنه فاسد والا فهو صحيح

وحكم البيع الفاسد أنه لايفيد الملك الا بالقبض التام وهو ما كان باذن البائع صراحة كأن يقول له خذه : أو دلالة كأن يقبضه المشترى فى مجلس العقد بحضرته بدون معارضة منه . فلو قبضه بدون اذنه فلا يملكه ولا تنفذ فيه تصرفاته بخلاف البيع الصحيح فانه يفيد الملك بمجرد العقد اذا استوفى شرائطه . ومتى وقع البيع فاسداً لايجبر كل من المتعاقدين على تسليم ملكه للآخر بل يؤمر بعدم تسليمه . أما اذا حصل التقابض ملك كل منهما ما أخذه ملكا خبيثا أى محرما شرعا

فلا يصح الانتفاع به ويجب على المتعاقدين فسخه ورد ما أخذه كل منهما الى صاحبه بدون قضاء . ويجب على القاضى اذا علم به أن يفسخه . ولو بدون طلب من أحد المتعاقدين وبدون رضاه أيضا ازالة للمنكر شرعا ومتى أراد أحدهما الفسخ أجبر الآخر على القبول مادام الفسخ ممكنا واذا رد المشترى المبيع الى البائع فلم يقبله ثم أعاده الى منزله فهلك فلا ضمان عليه لكونه أدى الواجب عليه من الرد وأخذه ثانية لا يعتبر غصبا فلا يوجب الضمان وكل مبيع بعقد فاسد رده المشترى على بائعه بهبة أو صدقة أو بيع أو بوجه من الوجوه كاعارة أو اجارة أو أخذه البائع من المشترى اغتصابا ووقع فى يده اعتبر هذا الرد متاركة وفسخاً للعقد وبرىء المشترى من ضمانه وله الثمن الذى كان دفعه فى البيع الفاسد والأصل فى ذلك أن المستحق بجهة كالرد لفساد العقد اذا وصل الى المستحق بجهة أخرى كالهبة ونحوها اعتبر واصلا اليه بجهة مستحقه ان وصل اليه من المستحق عليه . فان وصل اليه من غيره كان باعه المستحق عليه ثم وهبه المشترى لمن باعه فاسداً فلا يبرأ المشترى شراء فاسداً لأن المبيع لم يصل الى البائع منه

واذا اشترى الأب شيئا من مال ولده الصغير الذى تحت ولايته أو باع له شيئا من أمواله بعقد فاسد فلا يملك الأب ما اشتراه ولا الولد ماباعه له أبوه بمجرد العقد اعتمادا على أنه فى قبضته بصفته وليا عليه أو مالكا له بل لا بد فى ثبوت الملكية بهذا العقد من تصرف جديد ليتحقق القبض بشىء حادث . وما دام فسخ العقد ورد البدلين ممكنا وجب على كل من المتعاقدين أن يفسخه ويرد ما أخذه لصاحبه ووجب

على الحاكم تنفيذ ذلك . أما اذا امتنع الفسخ بسبب من الأسباب الآتية ملك المشترى المبيع بقيمته يوم قبضه ان كان قيميا وبمثله ان كان مثليا لا بالثمن المسمى فى العقد لأن التسمية فاسدة تبعا لفساد العقد فلا تعتبر فيرجع الى اعطاء المثل أو القيمة كما فى سائر التضمينات والأسباب التى تمنع من الرد أربعة وهى :

أولا — هلاك المبيع بتعمد أو بدون تعد تحت يد المشترى

ثانيا — خروج المبيع عن ملك المشترى بسبب من الأسباب . السالبة للملك أو ثبوت حق للغير عليه بأن جعله مهراً . أو بدل صلح . أو أجرة أورهنا . ولكن اذا رجع الى المشترى بخيار . أورجوع فى الهبة أو انفساخ الاجارة . أو افتكاك الرهن . عاد حق الفسخ وانما يعود اذا لم يكن القاضى قد حكم على المشترى بدفع القيمة أو المثل فان كان قد حكم بشئ منهما فلا يعود حق الفسخ بل ينفذ الحكم

ثالثا — زيادة المبيع زيادة متصلة غير متولدة كالبناء والغراس وصبغ الملابس وخياطتها. أما الزيادة المتولدة سواء كانت متصلة كالسمن فى الحيوانات والثمار فى الأشجار ، أو منفصلة كالنتاج . أوغير المتولدة اذا كانت منفصلة كالغلة والريع فلا تمنع من الرد بل يكون للبائع استرداد المبيع وزوائده مادام كل منهما موجودا . فان هلك المبيع وحده دون الزوائد فعلى المشترى مثله أو قيمته يوم قبضه واسترد البائع الزوائد وان هلكت الزوائد وحدها ينظر : فان هلكت بدون تعد فلا ضمان على المشترى وان هلكت بالتعدى ضمنها بقيمتها يوم هلاكها ان كانت قيمية وبمثلها ان كانت مثلية . والسبب فى ذلك أن الزوائد أمانة فى يد

المشترى فان هلكت بالتعدى ضمنها وان هلكت بدونه فلا ضمان عليه بخلاف المبيع فانه مضمون على كل حال أما اذا نقص المبيع فى يد المشتري رده ورد قيمة النقص ويجبر البائع على قبولهما سواء كان النقص بفعل المشترى أو المبيع أو بآفة سماوية . فان كان بفعل البائع صار مستردا له . وان كان بفعل أجنبي كان البائع مخيرا بين الرجوع على المشترى وهو يرجع على الأجنبي بما نقص وبين الرجوع على الأجنبي وهذا لا يرجع بشيء على المشترى

رابعا — تغير المبيع تغيرا يصيره شيئا آخر كما اذا اشترى قطنا فغزله. أو غزلا فنسجه أو نسيجا ففصله وخاطه. أو برا فطحنه. أو دقيقا فعجنه. أو سمسما أو عنبا فعصره أو عصير عنب فتخلل . أو بيضا فأفرخ

فاذا وجد واحد من هذه الأسباب امتنع الرد والا فلا يمتنع ومتى انفسخ العقد بالتراضى أو بقضاء القاضى وكان المشترى قد دفع الثمن للبائع كان له حق حبس المبيع حتى يسترده

واذا مات أحدهما مفلسا كان الآخر أحق بما فى يده من سائر الغرماء . أى يكون البائع أحق بالثمن حتى يستوفى قيمة المبيع فان وفى بها فقط سقطت عنه . وان زاد عنها فالزائد للغرماء وان نقص عنها كان البائع فيما نقص أسوة الغرماء . ويكون المشترى أحق بالمبيع حتى يسترد الثمن فان بيع بمقدار الثمن فقط فهو للمشترى وحده . وان زاد شيء أو نقص فهو كما تقدم

ومن البيوع المنهية التى لم تبلغ حد الفساد البيوع المكروهة وسيأتى بيانها فى المبحث الآتى

البيع المكروه

البيع المكروه هو ما كان منهيا عنه لمعنى مجاور للبيع لا لخلل فى أصله ولا فى وصفه وهذا النهى لا يوجب الفساد بل الكراهية فيقع العقد صحيحا ويملك قبل القبض بالثمن لا بالقيمة . واختلف فى وجوب فسخه وعدم وجوبه فقال البعض لا يجب لأن الصحيح المستوفى لشرائطه لا يفسخ الا بالتراضى . وقال البعض الآخر يجب صونا لهما عن الوقوع فى المحظور شرعا ولكن هذا الوجوب من جهة الديانة أما قضاء فلا يجبران على الفسخ

ومن البيوع المكروهة :

(١) ـ البيع عند الأذان الأول للجمعة ممن تجب عليه الا اذا تبايعا وهما ماشيان للصلاة لأن علة المنع الاخلال بالسعى ولم يحصل

(٢) ـ بيع النجش والنجش أن يزيد شخص فى الثمن ولا يريد الشراء اذا كانت السلعة بلغت قيمتها لأن ذلك خداع وتغرير فان لم تكن بلغت قيمتها فلا يكره

(٣) ـ السوم على سوم غيره ولو ذميا أو مستأمنا بعد الاتفاق على الثمن أما قبله فلا كراهة

(٤) ـ تلقى الجلب أى المجلوب أو الجالب للبضائع اذا كان هذا التلقى يضر بأهل البلد أو يخفى السعر على الواردين والا فلا يكره

(٥) ـ البيع لغير أهل البلد اذا كان فى قحط وعوز والا فلا يكره لعدم الضرر والأصل فى هذه الكراهة ماورد فى الصحيحين من قوله

عليه الصلاة والسلام (لا تتلق الركبان للبيع ولا يبع بعضكم على بيع بعض ولا تتناجشوا ولا يبع حاضر لباد) ولا تخفى حكمة النهي عن هذه البيوع وأمثالها

« تقسيم البيع باعتبار صيغته »

ينقسم البيع باعتبار صيغته الى قسمين : مطلق . وغير مطلق

فالمطلق ما صدر بصيغة خالية من التعليق على الشرط . والاقتران به . والاضافة الى الزمن المستقبل . وغير المطلق هو ما كان معلقا على الشرط . أو مقترنا به . أو مضافا الى الزمن المستقبل

وأحكام البيع المطلق هي ما ذكرت في أقسام البيع الصحيح وغير الصحيح

وأما أحكام غير المطلق فتعلم مما يأتي

حكم البيع المعلق على الشرط

البيع المعلق على الشرط يختلف حكمه باختلاف الشرط المعلق عليه وذلك أنه اذا كان المعلق عليه محقق الحصول وقت التعليق فالبيع صحيح والتعليق صوري بشرط أن يكون مما يقبل الامتداد كما سبق في تعليق العقود على الشرط . وان كان مستحيل الحصول فالبيع باطل وان كان واجب الحصول عادة أو ممكنه في المستقبل فالبيع فاسد . وقد سبق تفصيل ذلك في العقود على العموم

حكم البيع المقترن بالشرط

حكم البيع المقترن بالشرط يختلف باختلاف الشرط المقترن به العقد فان كان الشرط صحيحاً كان معتبراً ووجب العمل به . وان كان الشرط فاسدا فسدالبيع . وان كان الشرط باطلاصح العقد ولغا الشرط . وقد سبق بيان كل من الشرط الصحيح والفاسد والباطل . وقد بلغ عدد الشروط التى لاتفسد البيع ولا تبطله اثنين وثلاثين شرطا ذكرها الامام ابن عابدين فى صفحة ٨٥ من الجزء الرابع تحت عنوان « مطلب البيع لايبطل بالشرط فى اثنين وثلاثين موضعا » فليراجعها من شاء

حكم البيع المضاف الى الزمن المستقبل

البيع المضاف الى الزمن المستقبل فاسد شرعا لما سبق من قولهم « ان كل مايمكن تمليكه فى الحال لايصح تعليقه على الشرط ولا اضافته الى الزمن المستقبل » والمبيع مما يمكن تمليكه فى الحال لأنه مشترط فيه أن يكون موجودا ومالا متقوما ومملوكا فى نفسه ومقدور التسليم والا فلا يصح بيعه ومتى أمكن تسليمه فى الحال فتأجيل تسليمه باشتراط البائع يفسد العقد [1]

« ١ » – العقود المعينة قانونا

العقود المعينة فى القانون : البيع . والمعاوضة . والاجارة . والشركات. والعارية . والوديعة . والكفالة . والتوكيل . والصلح . والرهن . والغاروقة .

وأما الحوالة فقد ذكرها القانون ضمن كتاب البيع . وأما المزارعة والمساقاة فهما مندرجان ضمن الاحكام العامة للاجير وان لم يذكرا بالنص

(البيع فى القانون)

البيع فى القانون يشتمل على الفصول الآتية : الفصل الاول . فى أحكام البيع — الفصل الثانى . فى المتعاقدين — الفصل الثالث . فيما يباع — الفصل الرابع . فيما يترتب على البيع — الفصل الخامس . فى الدعوى بطلب تكملة ثمن المبيع بسبب الغبن الفاحش — الفصل السادس . فى بيع الوفاء — الفصل السابع . فى الحوالة بالديون — ولكل فصل من هذه الفصول مباحث جزئية خاصة به سنذكرها مفصلة عقب نظائرها من أحكام البيع فى الشريعة الغراء كما هو حاصل فيما سبق

ولهذا نذكر الآن مايختص بعقد البيع . وبالمتعاقدين واليك بيان كل

(الفصل الأول فى أحكام البيع قانوناً)

هذا الفصل يشتمل على جملة مباحث وهي : (١) تعريف البيع (٢) أركانه (٣) صيغته (٤) الوعد به (٥) أنواعه (٦) مصاريفه

(١) — تعريف البيع

تكفلت المادة (٢٣٥) بتعريف البيع ونصها (البيع هو عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شىء لآخر فى مقابلة التزام هذا بدفع ثمنه المتفق عليه فيما بينهما)

ومن ذلك يعلم أن كلا من المتعاقدين ملزم للآخر بشىء فالبائع ملزم بنقل ملكية ما باعه للمشترى وهذا ملزم بنقد الثمن للبائع . وسيأتى تفصيل ذلك (فى الفصل الرابع)

(٢) ـ أركان البيع

أركان البيع قانونا أربعة : المبيع . والثمن . وأهلية المتعاقدين . والصيغة فقد جاء بالمادة (٢٣٦) ما نصه (لا يتم البيع الا برضا المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء وباتفاقهما على المبيع وثمنه) ومجرد تحقق هذه الاركان الاربعة كاف فى تمام العقد بدون توقف على كتابة حجة سواء كانت عرفية أو رسمية . ويثبت البيع قانوناً بكافة طرق الاثبات القانونية بما فيهما البينة ولا يشترط وجود المتعاقدين فى مجلس البيع ان كان العقد حصل بواسطة دلال . أو وكيل (الحقوق سنة ٩ صفحة ١٩٣)

(٣) ـ صيغة البيع

صيغة البيع تكون بما يأتى :

(١) بالمشافهة ان كان المتعاقدان حاضرين ولم يكن عندهما ولا عند أحدهما عذر يمنعه من التكلم فان كان عندهما أو عند أحدهما عذر تبايعا باحدى الطرق الآتية :

(٢) بالكتابة ولا يشترط أن تكون رسمية بل ينعقد بالكتابة العرفية كما ينعقد بالرسمية واذا تبايعا بالكتابة وهما متباعدان فلا يكون العقد باتاً الا بعد وصول القبول الى الموجب لان علم كل من المتعاقدين برضا الآخر ضرورى للزوم البيع (أما الشريعة فتعتبر العقد قد تم وصار باتا بمجرد القبول ولو لم يعلم الموجب)

(٣) بالاشارة المعروفة للأخرس فان لم تكن معروفة فلا يصح بيعه بها

(٤) بالتعاطى وهو المبادلة الفعلية من غير كلام

ويشترط فى الصيغة لانعقاد البيع موافقة القبول للايجاب موافقة تامة فلو خالفه فى كل الموجب أو بعضه بطل البيع . كما اذا قصد البائع بيع فدان من الحقل الفلانى وقصد المشترى شراء فدان من حقل كذا المخالف له

ولا يشترط اقتران القبول بالايجاب. لان القانون لم يوجب اتحاد مجلس البيع بل صحح البيع الذي حصل فيه الايجاب في وقت . والقبول فيوقت آخر بشرط أن يكون الزمن الفاصل بينهما بقدر مايسع التروى والتأمل فيما يكون فى صالح القابل من القبول أو الرفض حتى لا يتضرر البائع . ولكن الشريعة الغراء اشترطت لانعقادالبيع اتحاد المجلس حقيقة وحكما كما عرفته فلو اختلف بطل العقد

(٤) ــ الوعد بالبيع قانونا

الوعد بالبيع عبارة عن أن يرضى كل من المتعاقدين أو أحدهما بأن يعطى ماله للآخر فى نظير ما يأخذه منه بدون أن يحصل عقد بالفعل .- ويعلم من ذلك أن لوعد قد يكون من كل من المتعاقدين . وقد يكون من البائع دون المشترى . وقد يكون من المشترى دون البائع . واليك بيان كل : اذا كان الوعد بالبيع من المتعاقدين صار العقد تاما نافذا لان التراضى على التبايع قد حصل من الجانبين ولهذا جاء فى حكم الاستئناف الاهلى المؤرخ ١٥ مايو سنة ١٨٩٣ ما ملخصه (قد يحصل الاتفاق على البيع شفهيا على أن يحرر به فيما بعد عقد رسمى ففى هذه الحالة يكون البيع باتا ولا يكون تأجيل السند الرسمى سببا موقفا للبيع أو مبطلا له)

واذا كان الوعد بالبيع من البائع وحده بأن يتعهد لشخص أن يبيعه عينا معينة بثمن معلوم ولم يبد المشترى رأيه فى ذلك بل حصل على ما يقتدر به على اثبات رضا البائع بالبيع له كان التعهد لازما من قبل البائع ولكن العقد لا يتم الا بالقبول فلا تنتقل الملكية الا بعد، ولا يسرى حكمه على الماضى وكذلك الحكم اذا عرض المشترى على البائع قبوله شراء كذا منه ولم يبد البائع رأيه فى ذلك . وتظهر فائدة التزام من صدر الوعد من جهته بما تعهد به للآخر فى التضمينات بمعنى أنه ان لم يف بتعهده كان للآخر أن يضمنه تعويضا عما لحقه من الخسائر بسبب عدوله عن الوفاء . وعلى ذلك اذا كان المشترى قد دفع عربونا بعد وعده بالشراء واشترط أنه اذا لم يقم بما تعهد به كان العربون ملكا للبائع صح الشرط ووجب

العمل به ومثل ذلك جميع الشروط الجزائية التى تحصل فى العقد . وهذا النوع من البيع لاتجيزه الشريعة الغراء

(٥) أنواع البيع قانونا

أنواع البيع قانونا مبينة بالمواد (من ٢٣٨ الى ٢٤٤) ومحصل ما فيها أن البيع قد يكون باتا . أو مؤجل تسليم المبيع . أو الثمن . أو هما معا . أو معلقا على شرط موقف لوجوده أو فاسخا له . وقد يكون تخييريا لأحد المتعاقدين اذا بيع شيء لايعنيه من أشياء عين ثمن كل واحد منها على حدته ، وقد يكون البيع على شرط التجربة وهو مايسمى فى الشريعة الغراء بسوم الشراء بأن يتفق المتعاقدان على الثمن ثم يأخذه المشترى لتجربته ، وقد يكون البيع فى المقدرات جزافا ، أو بشرط العد . أو الوزن . أو الكيل . أو الذرع

وكل هذه الانواع صحيحة قانونا . أما فى الشريعة الغراء فلا يصح للبائع اشتراط تأجيل تسليم المبيع الا فى بيع السلم فان الشأن فيه أن يكون المبيع مؤجل التسليم والثمن معجله وسيأتى بيانه . وأما ماعداه من الانواع فصحيح شرعا على حسب ماستعرفه من التفاصيل

فالبيع على شرط التجربة مبين حكمه بالمادة (٢٣٨) ونصها « البيع بشرط التجربة يعتبر موقوفا على تمام الشرط » وهو يكون فى البضائع والأشياء المعينة ويكون فى مدة التجربة على ملك البائع فاذا هلك بدون تعد ولا تقصير هلك عليه وان هلك بالتعدى أو التقصير هلك على المشترى . والشريعة تجعل المشترى ضامنا فى كل الاحوال اذا هلك المبيع فى يده أثناء مدة التجربة لما قرره علماء الحنفية من أن القابض على سوم الشراء ضامن مطلقا

والبيع الجزاف مبين حكمه بالمادة (٢٤٠) ونصها (اذا كان البيع جزافا يعتبر تاما ولو لم يحصل وزن ولا عدد ولا كيل ولا مقاس) كأن تقول لشخص بعتك هذا القمح . أو العسل . أو البيض . أو الجوخ بكذا فيقول المشترى قبلت ومتى

حصل ذلك انتقلت الملكية بمجرد حصوله ولا يكون فى ضمان البائع بعد تسليمه له جزافا

وأما البيع بشرط الكيل أو الوزن أو العدد أو المقاس فلا يعتبر تاما الا بعد الكيل أو الوزن الخ بمعنى أنه يكون فى ضمان البائع الى أن يحصل ذلك فان هلك قبله يهلك عليه وذلك كله مبين فى المادة (٢٤١) — وهذان البيعان موافقان لأحكام الشريعة الغراء

(٦) مصاريف البيع قانونا

مصاريف عقد البيع ورسومه على المشترى بنص المادة (٢٤٣) لأن البيع غالبا يحصل لفائدته ولأن التسجيل يحفظ له حقوقه الشرعية على العين التى اشتراها أما مصاريف اثبات الملكية للمبيع فهى على البائع لأن ذلك من واجباته سواء كان ذلك باستخراج اعلام شرعى بثبوت وراثته لمن تلقى الملك عنه أو باستخراج شهادات أو نحوها من السجلات والدفاتر بأنه مالك . وأن البيع لمن يتعلق به حق الغير . (الاستئناف ٨ مارس سنة ١٨٩٨) — وهذا موافق للشريعة

الفصل الثانى . فى المتعاقدين

هذا الفصل يشتمل على المباحث الآتية : (١) أهلية العاقدين (٢) خيار الرؤية (٣) شراء الأعمى (٤) بيع المريض

(١) أهلية العاقدين

جاء بمادتى (٢٤٦ و ٢٤٧) أنه يجب أن يكون كل من المشترى والبائع متصفا بالأهلية الشرعية للتعامل . وأن يكون البائع متصفا بالأهلية الشرعية للتصرف فى المبيع

والأهلية للتصرف هنا هي الأهلية اللازمة فى جميع العقود وقد سبق بيانها

غير أن القانون سلب بعض أشخاص أهلية الشراء لأسباب وقتية خاصة بهم وهم :

أولا — القضاة . وأعضاء النيابة . وكتبة المحاكم . والمحضرون . ويدخل فى هذا المنع قضاة المحاكم الشرعية . وكتابها . وقضاة محاكم الأخطاط . وكتابها

ثانيا — المحامون أمام المحاكم الشرعية والأهلية

ثالثا — ولاة المال كالأوصياء والاولياء والقوام من شراء مال محجوريهم

رابعا — الوكلاء المعينون من قبل الموكلين فى بيع شىء معين

ولكن هذا المنع ليس على اطلاقه . بل يمنع موظفو المحاكم والمحامون من الشراء بشرطين وهما :

أولا — أن يكون المبيع حقا متنازعا فيه

ثانيا — أن يكون النظر فى هـذا النزاع من اختصاص المحكمة الملحق بها الموظف

فان لم يوجد أحد هذين الشرطين صح الشراء . ويترتب على ذلك أن مستشارى محاكم الاستئناف لا يباح لهم شراء شىء متنازع فيه فى جميع انحاء القطر المصرى وأن غيرهم يباح له الشراء فى الجهات الخارجة عن اختصاص المحكمة التى هو موظف بها . ولا يظهر المنع من الشراء فى حق المحامين الا اذا كان المشترى محاميا عن أحد المتنازعين . والشريعة الغراء لا تأبى العمل بمثل تلك القيود

والحكمة فى هذا المنع المحافظة على شرف القضاء ومن يلحق به من أن يصل اليه ما يشينه أو يسىء سمعته . والخوف من امتداد سلطتهم ونفوذهم . وسبحان من تنزه عن الأغراض

وحكمة منع أولياء المال . والوكلاء من شراء مايبيعونه من أموال محجوريهم أو موكليهم خوف اغتيال أموال من ينوبون عنهم (ولكن الشريعة الغراء أباحت للاوصياء المختارين شراء مال الايتام لأنفسهم وبيع أموالهم للايتام على التفصيل الذى سبق بيانه فى تصرفات الاولياء والاوصياء)

ويجوز للمالك أن يجيز تصرفات الاولياء والاوصياء والوكلاء متى صار أهلا للتصرف أو بفسخها ومتى أجاز يعتبر العقد صحيحا من وقت الاجازة فقط كما هو نص المادة (٢٥٨) فقرة ثانية

ويشترط لصحة البيع قانونا أن يكون المشترى عالما بالمبيع علما نافيا للجهالة الفاحشة اما بنفسه أو بمن وكله عنه فى معاينته (مادة ٢٤٩)

ويعلم المبيع بمشاهدته وقت العقد ان كان موجوداً أو قبله بقصد الشراء ولم يمض زمن يتغير فيه المبيع عادة عن الحالة التي شاهده عليها

وببيان أوصافه الجوهرية المميزة له من غيره ان لم يكن موجوداً (مادة ٢٥٢) وهذه الاحكام موافقة لاحكام الشريعة الغراء

(٢) خيار الرؤية قانونا

اذا كان البيع جزافا وشاهد المشترى بعض المبيع ورضى به ثم تبين له بعد ذلك أنه لو شاهد المبيع كله لاحجم عن الشراء كان مخيرا بين أخذ كل المبيع بكل الثمن وبين فسخ البيع واسترداد الثمن ان كان أداه ولا يجوز له أخذ ما شاهده بما يقابله من الثمن وترك الباقى لتفرق الصفقة على البائع وفى ذلك ضرر عليه

ويسقط خيار الرؤية بتصرف المشترى فى المبيع تصرفا يدل على أنه رضى به كالبيع والاجارة (مادة ٢٥٠) كما يسقط باعتراف المشترى فى سند البيع أنه عالم بالمبيع (مادة ٢٠١) ولو ادعى بعد ذلك أنه لم يره الا اذا ثبت ان البائع استعمل التدليس والغش حتى حصل على هذا الاعتراف بأن أطلعه على غير المبيع غشا ليحصل منه على الرضا بالشراء . وهذا موافق لاحكام الشريعة الغراء

(٣) شراء الاعمى

الاعمى أهل للتصرفات قانونا فيقع شراؤه صحيحا اذا أمكنه معرفة المبيع بطريق الذوق أو اللمس أو الجس أو نحو ذلك مما لا يدرك بالبصر ويصح أيضا شراؤه للمرئيات بالبصر اذا أناب عنه غيره فى مشاهدة المبيع (مادة ٢٥٣)

ويشترط فى حالة ما اذا كان المبيع معينا بالنوع فقط كالمكيلات والموزونات والمذروعات والعدديات أن يكون معرفا تعريفا تاما قدراً ووصفا بحيث يكون رضا المتعاقدين بعد ذلك صحيحا (مادة ٢٦١)

بيع المريض مرض الموت

تعريف مرض الموت فى القانون هو ما ذكر فى الشريعة الغراء فلا حاجة لاعادته

والمريض مرض الموت يختلف بيعه عن بيع الصحيح فى أنه مقيد بشروط لم يتقيد بها هذا لحماية أمواله من تطرق يد الاغتيال اليها فى صورة التملك المشروع بالبيع فان المريض محل لقبول المؤثرات فيغبن هو أو تغبن ورثته أو دائنوه ولهذا قد أبان القانون أحكام تصرفاته بالبيع فى المواد (٢٥٤ و ٢٥٥ و ٢٥٦) وجميع ماجاء فيها موافق لاحكام الشريعة الغراء على المذهب الحنفى الا التصرف لاجنبى فى بعض صوره كما سيأتى بيانه نقلا عن شرح القانون

وقد تكفلت المادة (٢٥٤) ببيان حكم البيع لوارث ونصها « لاينفذ البيع الحاصل من المورث وهو فى حالة مرض الموت لاحد ورثته الا اذا أجازه باقى الورثة »

ولم تفرق المادة بين ما اذا كان البيع بمثل القيمة أو بأقل أو بأكثر وهو موافق لرأى الامام الاعظم الذى يقول بوجوب المساواة بين الورثة فى أعيان التركة التى مات عنها مورثهم حتى لايحصل بينهم من الشقاق والبغضاء ما يأباه الدين قال تعالى (ولا تنازعوا فتفشلوا وتذهب ريحكم) والصاحبان يقولان بأن البيع اذا كان بمثل القيمة أو أكثر صح وقد أبنا ذلك فى تصرف المريض شرعا وتكفلت المادتان (٢٥٥ و ٢٥٦) ببيان حكم البيع لاجنبي ونص الاولى منهما (يجوز الطعن فى البيع الحاصل فى مرض الموت لغير وارث اذا كانت قيمة المبيع زائدة على ثلث مال البائع) . ونص الثانية (اذا زادت قيمة المبيع على ثلث مال

البائع وقت البيع ألزم المشترى بناء على طلب الورثة اما بفسخ البيع أو بأن يدفع للتركة ما نقص من ثلثى مال المتوفى وقت البيع وللمشترى المذكور الخيار بين الوجهين المذكورين)

قال شارح القانون فى هامش صفحة (٢٢٨) انتقاداً على ما جاء بهاتين المادتين . ان هذا الحكم أشد من مأخذه وهو الشريعة الغراء لانها لاتقضى بالفسخ أو التكملة الا اذا كان البيع بغبن فاحش وكان المبيع زائداً على ثلث مال البائع وعلل هذه الشدة بكراهة القانون بيع المريض لاجنبى

ثم قال : هذا هو ظاهر النصوص وهناك مذهب ثان يقول بعدم وجود خلاف بين القانون والشريعة فى هذا الموضوع وأن الاول جرى على حكم الثانية فنص فى المادة (٢٥٥) على جواز الطعن وبين حكمه فى المادة (٢٥٦) فقرر أنه لاينتج الا فسخ البيع فى الكل أو تكملة ما نقص عن ثلثى المال بخيار المشترى فلو باع المريض كل ملكه ولم يكن هناك غبن فلا وجه للفسخ . أما اذا وجد الغبن ونقصت به قيمة الثلثين فالتكملة أو الفسخ — ثم قال وعندنا ان الرأيين واردان وأن ايجاز القانون وعدم تدقيقه فى اللفظ عند نقل هذا الحكم من أصله هو الذى أدى الى هذا الخلف . وان كانت قواعد التفسير تقضى بترجيح الرأى الاول لان عدول القانون اللاحق عن قيد مشروط فى سابقه ترك لهذا الشرط واطلاق للحكم كما لايخفى

ويؤخذ مما تقدم أن القانون اعتبر بيع المريض من قبيل الوصية وأنه يجوز للطاعن فى بيع المريض اثبات مرض الموت بكافة طرق الاثبات القانونية بما فى ذلك البينة . وستأتى بقية فصول البيع قانونا عقب نظائرها من مباحث الشريعة الغراء

الكلام على المبيع

هذا شروع فى بيان واجبات البائع نحو المشترى وما يلتحق بها

وينحصر الكلام على المبيع اجمالا فيما يأتى وهو : بيان الفرق بين المبيع والثمن . مايعلم به المبيع . ما يجوز بيعه وما لا يجوز . كيفية بيع المبيع . ما يجوز استثناؤه من المبيع . خيار تعيين المبيع . تسليم المبيع حق حبس المبيع لقبض الثمن . حكم البيع اذا هلك المبيع . حكم المبيع والثمن اذا مات أحد المتعاقدين مفلسا قبل التسليم . التصرف فى المبيع قبل قبضه . مايدخل فى البيع تبعا وما لايدخل . ضمان البائع المبيع عند الاستحقاق . رد المبيع بالعيب القديم . حكم الغبن والتغرير فى البيع واليك بيان كل :

« بيان الفرق بين المبيع والثمن »

بيان الفرق بين المبيع والثمن من المباحث المهمة لأن لكل منهما أحكاماً خاصة به يجب التمييز بينهما حتى لايختلط على الباحث كل منهما بالآخر فتختلط عليه أحكام البيوع . وقد نص الفقهاء على أن المبيع هو المقصود من عقد البيع والثمن أداة ووسيلة للحصول عليه ومن المقرر أن المقاصد أفضل من الوسائل لأن غاية كل طالب الحصول على المقصود ولهذا قدم الفقهاء الكلام على المبيع

والفرق بين المبيعات والأثمان ينحصر فى هذه القاعدة « كل مالايصلح أن يكون دينا فى الذمة يسمى مبيعا وكل مايصلح أن يكون كذلك يسمى ثمناً » ويترتب على ذلك مايأتى :

أولا — أن النقود وهى ماضرب من الذهب والفضة ومايلحق بالنقود مما ضرب من غيرها أثمان دائما سواء قوبلت بجنسها أو بغير جنسها . وسواء دخلت عليها باء الثمنية وهى التى تدخل عادة على الأثمان أولا ويترتب على ذلك أن كلا من العوضين فى الصرف يسمى ثمنا

ثانيا — أن الأعيان القيمية مبيعات دائما سواء قوبلت بقيمى أو بغيره وسواء دخلت عليها الباء أولا . ويترتب على ذلك أن كلا من العوضين فى المقايضة يسمى مبيعا

ثالثا — أن الأعيان المثلية ان قوبلت بمثلى ولم يكن شىء منها معينا فى العقد بالاشارة اليه يسمى مادخلت عليه الباء ثمنا لأنه يصلح دينا فى الذمة وتعين للثمنية بدخول الباء عليه . ويسمى مالم تدخل عليه مبيعا . فان كان أحد العوضين معينا فى العقد كان هو المبيع سواء دخلت عليه الباء أم لا وكان مالم يتعين ثمنا . واذا تعين كل منهما بالاشارة اليه فالثمن مادخلت عليه الباء

« مايعلم به المبيع »

المبيع اما أن يكون حاضراً فى مجلس العقد أولا ـ فان كان حاضرا فانه يعلم بالاشارة اليه كأن تقول بعتك هذا الحصان بكذا أوالى مكانه الخاص به كأن تقول بعتك الساعة التى فى هذا الصندوق بكذا بشرط أن تكون معروفة للمشترى من قبل والا فسد البيع للجهالة الفاحشة وان كان المبيع غائباعن مجلس العقد فانه يعلم ببيان جنسه وأوصافه الخاصة به المميزة له عن غيره تمييزاً نافيا للجهالة الفاحشة المؤدية الى النزاع كأن

يقول بعتك حصانا أبيض طويلا عربيا مخصصا للسباق أو لجر العربات ويغني عن بيان الأوصاف اضافة المبيع الى نفس البائع وليس له غيره من نوعه كأن يقول بعتك حصانى بكذا ـ والعلم بما ذكر فى حالتى حضور المبيع وغيبته متفرع عن « قاعدة الوصف فى الحاضر لغو وفى الغائب معتبر »

والأوصاف التى يكفى بيانها لصحة البيع تختلف باختلاف المبيع فان كان أرضا فلابد من بيان موقعها جهة وبلدا وقسما وأقليما وذكر حدودها - وان كان دارا فلابد من بيان موقعها حسبما ذكر وحدودها وعدد حجرها وأوصافها ومرافقها ـ ويكفى فى بيع المنقولات بيان جنسها وأوصافها ومقاديرها ان كان المبيع من المقدرات

ولا يلزم البيع الذى لم ير فيه المشترى المبيع الا بعد رؤيته والرضا به لأنه عند الرؤية له الخيار بين الأخذ بكل الثمن وبين الفسخ لقوله عليه الصلاة والسلام « من اشترى مالم يره فله الخيار اذا رآه» وقد تقدم الكلام على خيار الرؤية مفصلا ولذا نقتصر الآن على بيان مايختص منه بالبيع فنقول :

هذا الخيار يثبت للمشترى دون البائع من غير اشتراط فى كل بيع لم ير فيه المبيع رؤية يعرف بها المقصود منه لأن هذه الرؤية هى التى تزول بها بقية جهالة المبيع التى لم يشملها الوصف دفعا للضرر عن المشترى

والرؤية التى تثبت الخيار للمشترى هى على أصح الأقوال ماحصلت بعد العقد أو قبله اذا كانت بقصد الشراء ولم يمض بين الرؤية والبيع زمن يتغير فيه المبيع عادة عن الحالة التى شوهد عليها وكان المشترى يعلم وقت الشراء أن المبيع هو مرئيه السابق ـ أما غير هذه الرؤية فلا تسقط الخيار

والمراد بالرؤية التي تثبت الخيار المشترى هي ما يعلم بها المقصود من المبيع بلا فرق بين أن يكون بالبصر أو بغيره اذ الرؤية في كل شيء بحسبه فالألوان تعرف برؤيتها بالبصر ـ والحرائر تعرف بلمسها ومشاهدة نقوشها ان كانت منقوشة ـ وحيوانات الذبح تعرف بجسها ـ والمطعومات والمشروبات بذوقها ـ والروائح بشمها وهكذا ـ وتعرف الأشياء التي تباع على حسب نموذجها برؤية النموذج وذلك اذا كان المبيع مكيلا أو موزونا أو عدديا متقاربا ـ أما اذا كان المبيع عدديا متفاوتا كالحيوانات فلا بد من رؤية كل واحد منها . ولو رأى بعضها ورضى به ثم رأى الآخر فانه يكون مخيرا بين أخذ كل المبيع بكل الثمن أو فسخ البيع وليس له أن يأخذ ما رضى به ويرد الباقي لتفرق الصفقة على البائع الا اذا كان ثمن كل منها معلوما على حدته ورضى البائع بذلك

واذا اختلف البائع والمشترى في الرؤية وعدمها فالبينة على البائع واليمين على المشترى

ورؤية الوكيل بشراء شيء غير معين كرؤية الأصيل في سقوط الخيار . أما اذا كان وكيلا بشراء شيء معين فرؤيته لا تسقط خيار الموكل

وقد اختلف الفقهاء في رؤية الوكيل بقبض المبيع بعد أن اشتراه الموكل من غير أن يراه . فقال الامام أبو حنيفة أنها تسقط الخيار الذى للموكل لأن تمام القبض لا يكون الا بسقوط الخيار . وقال الصاحبان ان رؤيته لا تسقط خيار الموكل لأنه وكيل بالقبض فقط فبانتهائه يتم ما وكل فيه . ومحل هذا الخلاف اذا كان الوكيل رأى المبيع وقت القبض أما اذا قبضه مستورا في ورقة أو منديل أو نحوها ثم رآه بعد ذلك

فان رؤيته لا تسقط خيار الموكل باتفاق لأن التوكيل انتهى بالتسلم

ورؤية رسول المشترى لا تسقط خياره باتفاق سواء تسلم المبيع ظاهراً أو مستوراً . ولا يجبر المشترى على دفع الثمن الا بعد الرؤية والرضا بالمبيع

وكما يصح بيع المبصر وشراؤه يصح بيع الأعمى وشراؤه لنفسه ولغيره متى ذكرت له أوصاف المبيع ان كان غائباً وبمعرفة ما يدل على المقصود منه ان كان حاضرا سواء كان بالجس أو بالذوق أو باللمس أو بالوصف بالنسبة للألوان والنقوش وله خيار الرؤية اذا اشترى مالم يره كما للمبصر ورؤية وكيله بالبيع والقبض ورؤية رسوله كرؤية وكيل ورسول المبصر

واذا وجد المشترى المبيع خاليا من الوصف الذى اشتراه لرغبته فيه فله حكم مخصوص يعلم مما يذكر فى المبحث الآتى

(خيار فوات الوصف المرغوب فيه)

اذا اشترى انسان شيئا بوصف مرغوب فيه فوجده خاليامن هذا الوصف كان مخيرا بين أخذه بكل الثمن أو تركه . فمثلا اذا اشترى بقرة على أنها حلوب فوجدهاغير حلوب كان مخيرا بين أحد الأمرين السابقين ولا يجوز له انقاص شيء من الثمن بسبب فوات هذا الوصف مادام فسخ العقد ممكنا لأن الأوصاف حينئذ لا يقابلها شيء من الثمن

أما اذا تعذر رد المبيع بأن هلك أو تعب فى يد المشترى بدون تعد قبل الرضا فان المشترى يرجع بما ينقص من الثمن بسبب فوات الوصف

المرغوب فيه . واذاتعيب بفعل أجنبى رجع على البائع بنقصان الوصف وعلى الأجنبى بنقصان العيب . واذا تعيب بفعل البائع بقى الخيار على حاله

وكيفية تقدير نقصان الثمن بسبب فوات الوصف المرغوب فيه هو أن يقوم المبيع مع الوصف ويقوم بدونه وما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب الى أكبر القيمتين وبمقتضى هذه القيمة ينقص من الثمن . فمثلا اذا كان المبيع حصانا ثمنه ستون جنيها وقيمته مع الوصف خمسون وبدونه أربعون يكون الفرق بين القيمتين عشرة جنيهات وهى تساوى خمس أكبر القيمتين وهو الخمسون جنيهافينقص من الثمن بحسب هذه النسبة أى خمسه وهو اثنا عشر جنيها ويلزمه أداء الباقى أن لم يكن أدى الثمن فان كان أداه استرد ما نقص . وهذا الخيار يورث لتعلقه بالمبيع كخيار العيب . ويبطل هذا الخيار برضا المشترى بالمبيع صراحة كأن يقول رضيت به أو دلالة كأن يتصرف فيه

« ما يجوز بيعه وما لا يجوز »

القاعدة العامة لهذا المبحث أن كل مال . موجود . متقوم . مملوك فى نفسه . مقدور التسليم . ليس فى بيعه ضرر يجوز بيعه . والا فلا يجوز .

وأنواع ما يجوز بيعه لا تنحصر عداً ولكنها تعلم من القاعدة المذكورة وأما ما لا يجوز فقد سبق بيانه فى الكلام على أقسام البيع الباطل والفاسد والمكروه

ولهذا نقتصر فى هذا المبحث على ذكر أنواع البيوع التى يتعلق بها

حق الغير لأنها قد تكون صحيحة. وقد تكون غير صحيحة والصحيحة منها: قد تكون نافذة وقد تكون موقوفة.

وتنحصر هذه الأنواع فيما يأتى: (١) بيع المشاع (٢) بيع المرهون أو المستأجر (٣) بيع الفضولى. واليك بيان كل

(١) بيع المشاع

المشاع هو جزء غير مفرز فى مال مشترك بين اثنين فأكثر.

وحكم بيع المشاع يختلف باختلاف مايترتب عليه من الضرر وعدمه فان ترتب على بيعه ضرر كان فاسدا والا كان صحيحا. ولا فرق فى الضرر بين أن يحصل للبائع نفسه أو لشريكه أو لغيرهما. ويترتب على ذلك ما يأتى:

أولا — أنه يصح بيع حصة شائعة معلومة المقدار من عقار أو حيوان أو غيرهما سواء كان البيع للشريك أو لغيره. ويصح بيع أحد الشريكين نصيبه فى الزرع دون الأرض أو الثمر دون الشجر بعد تمام نضج كل منهما سواء كان البيع للشريك أو لغيره: ومثله بيع نصيبه فى البناء أو الشجر الذى فى الأرض المحتكرة لأنه لاضرر على أحد فى شيء من ذلك

وكذلك يصح للمزارع أو المساقى أن يبيع حصته فى الزرع أو الثمر لصاحب الأرض أو الشجر: ويصح بيع المشاع فى البناء على أرض مغصوبة أو مستعارة أو مستأجرة وقد انتهت المدة سواء كان البيع للشريك أو لغيره. وكل هذه البيوع تقع نافذة

ثانياً — أنه لايصح بيع المشاع اذا كان فيه ضرر بالبائع أو المشترى

أو غيرهما . ويترتب على ذلك أنه لايصح للمزارع أو المساقى أن يبيع نصيبه فى الزرع أو الثمر قبل نضجها لغير صاحب الأرض أو الشجر لأن البائع يجب عليه عقب البيع قطع نصيبه فى الزرع والثمر وتسليمهما للمشترى ليسلم الارض والشجر لصاحبها ولا يمكن قطع نصيبه وحده لأنه مشاع فيضطر الى قطع الكل وفى ذلك ضرر على صاحب الأرض والشجر لأنه حق مستحق البقاء حتى ينضج. ولا يصح لصاحب الأرض أو الشجر أن يبيع نصيبه فى الزرع أو الثمر للمزارع أو المساقى قبل نضجهما لأن البائع له تكليف المشترى باخلاء الأرض أو الشجر مما اشتراه وذلك لا يكون الا بقطعه ولكونه مشاعا لا يمكن قطعه وحده كما سبق وفى ذلك ضرر على المشترى لأن نصيبه مستحق البقاء حتى ينضج . كما لا يجوز له أن يبيع نصيبه فيما ذكر لغير المزارع والمساقى لأنه يجب اخلاء ملك البائع من المبيع عقب البيع وفى ذلك ضرر على المشترى أو المزارع أو المساقى لما سبق . الى غير ذلك من الامثلة

ولا عبرة برضا البائع أو المشترى أو غيرهما بالضرر الذى يلحقه بسبب هذه العقود لان الضرر لا يثبت بالعقد أصلا وكل عقد اشتمل على ضرر بانسان يكون فاسدا شرعا ويجب فسخه وعلى ذلك يجب فسخ هذه العقود

وفى جميع الصور التى قلنا فيها بعدم جواز البيع فى المشاع اذا لم يفسخ العقد حتى نضج الزرع والثمر انقلب العقد صحيحا لأن الفساد كان بسبب الضرر وقد زال

وما قيل فى بيع الزرع والثمر قبل نضجهما اذا كان المبيع مشاعا يقال

فى بيع أحد الشريكين فى البناء نصيبه القائم على أرض مشتركة بينهما دون الأرض سواء كان البيع للشريك أو لغيره

(٢) ـ بيع المرهون أو المستأجر

اذا باع شخص ماله الذى رهنه أو أجره لغير المرتهن أو المستأجر يكون البيع موقوفا على اجازة كل منهما لتعلق حقهما بالمبيع فان أجازه نفذ وانفسخ الرهن والاجارة وسلم المبيع للمشترى عقب الاجازة وان لم يجزه بقى موقوفا حتى يفتك الرهن وتنتهى مدة الاجازة أو ينفسخ عقدهما بأى سبب كان ولا يجبر كل منهما على تسليم المبيع قبل سقوط حقهما بأحد الأسباب المذكورة

واذا كان المستأجر قد دفع أجرة معجلة ثم أجاز البيع كان له حق حبس المبيع حتى يسترد مايقابل المدة الباقية من الأجرة

وليس للمستأجر ولا للمرتهن ولا للبائع حق فى فسخ عقد المبيع بل الذى له الحق فى فسخه وامضائه هو المشترى قبل سقوط حق المرتهن والمستأجر فان سقط حقهما قبل الفسخ بطل الخيار ولزم البيع

ولا فرق فى ثبوت الخيار المشترى بين ما اذا كان يعلم قبل البيع أن المبيع مرهون أو مستأجر أو لا يعلم وهذا هو المفتى به. وقيل ان كان يعلم فلا خيار له

ويسمى هذا الخيار خيار ظهور المبيع مرهونا أو مستأجرا

(٣) — بيع الفضولى وشراؤه

الفضولى فى اللغة من يشتغل بما لا يعنيه . وفى الشرع من يتصرف فى ملك غيره بغير اذن شرعى

وحكم بيع الفضولى أنه موقوف على اجازة المالك فان أجازه نفذ والا بطل ولا فرق فى ذلك بين أن يكون البيع حصل فى حال غيبة المالك أو حضوره مع سكوته لأن السكوت قد يكون استهزاء بتصرف الفضولى فى ملكه بدون اذنه مع تمكنه من الاستئذان . لكن اذا علم أنه سكت استحسانا نفذ العقد . ويعلم الاستهزاء أو الاستحسان بالقرائن

ويجوز للفضولى قبل اجازة المالك العقد أن يفسخه حتى لا تعود عليه حقوقه فيتضرر بذلك . أما بعد اجازة المالك فليس له أن يفسخه للزوم العقد بالاجازة

ومتى أجازه المالك كان له أن يطالب الفضولى بالثمن فان كان قبضه أداه له والا كان عليه أن يستحضره من المشترى ويسلمه اليه . واذا أداه المشترى الى المالك رأسا صح وبرئ منه هو والفضولى . واذا لم يجز المالك العقد وكان الفضولى قد قبض الثمن ينظر : فان كان الثمن موجوداً فى يد الفضولى استرده المشترى سواء كان يعلم وقت العقد أنه فضولى أو لا . وان كان قد استهلكه الفضولى أو أهلكه بتعديه استرد المشترى قيمته منه يوم قبضه ان كان قيميا . أو مثله ان كان مثليا . وان كان قد هلك بدون تعد بأن كان حيوانا فهلك . أو نقودا فسرقت . أو عروض

تجارة فتلفت ينظر : فان كان لايعلم وقت العقد أنه فضولى رجع عليه بالمثل أو بالقيمة يوم القبض لأنه مغرور . وان كان يعلم أنه فضولى فلا رجوع له بشئ عليه لأن الثمن يكون حينئذ أمانة فى يد الفضولى حتى يسلمه للمالك ان أجاز العقد أو يرده الى المشترى ان لم يجزه والأمانات لاتضمن الا اذا هلكت بالتعدى

واذا سلم الفضولى المبيع للمشترى فهلك فى يده قبل اجازة المالك كان المالك مخيرا بين أن يضمن الفضولى لأنه فى حكم الغاصب أو المشترى لأنه فى حكم غاصب الغاصب والتضمين لأحدهما يكون بقيمته يوم قبضه ان كان قيميا . وبمثله ان كان مثليا . ومتى اختار المالك تضمين أحدهما برىء الآخر

ويشترط لوقوع عقد الفضولى صحيحا موقوفا على الاجازة شرطان

الأول أن يكون للعقد مجيز وقت حصوله بأن كان مالكه بالغا عاقلا أو صغيرا مأذونا له بالتجارة فان كان صغيرا لايعقل أو مجنونا أو مميزا محجورا عليه ولا ولى ولا وصى له وقع العقد باطلا ولاينعقد أصلا ولو أجيز بعد البلوغ والافاقة

الثانى — أن يبيع الفضولى مال غيره لشخص آخر فان باعه لنفسه بأن صار بائعا ومشتريا بطل العقد لانه ليس ممن يجوز له تولى طرفى العقد ولا ينقلب صحيحا باجازة المالك لان الباطل لاتلحقه الاجازة بل اذا أريد تمليكه للفضولى ينبغى أن يبيعه المالك له بيعا جديدا

وأما شراء الفضولى فحكمه يختلف باختلاف صيغة العقد وذلك أنه اذا أضاف العقد الى نفسه وكان البائع أضافه اليه وقع العقد له. ولايجوز

له رده الا بشرط الخيار متى استوفى شرائطه . واذا أضاف العقد الى موكله بأن قال للبائع اشتريت منك هذا الحصان بخمسين جنيها لاجل زيد فقال البائع رضيت لاجله فقال بعض الفقهاء يقع العقد لزيد ويكون موقوفا على اجازته . وقال البعض الآخر ينفذ على المشترى مطلقا ويعتبر قوله لاجل زيد أنه لاجل شفاعته أو رجائه فى اتمام هذا البيع وبنوا ذلك على قولهم (ان العقد الموقوف متى وجد نفادا نفذ) وهنا قد وجد نفاذا على المشترى والاول هو الظاهر : واذا أضاف الفضولى العقد الى نفسه وأضافه البائع الى زيد مثلا فى المثال السابق أو بالعكس بطل العقد لمخالفة القبول للايجاب

« كيفية بيع المبيع »

المبيع اما أن يكون عينا معينة . أو من المقدرات

فان كان عينا معينة فكيفية بيعه ظاهرة وذلك أنه متى حصل العقد مستوفيا شرائطه السابقة صح

وان كان من المقدرات فكيفية بيعه تختلف باختلاف حالة المبيع من جهة بيعه جزافا أو مقدرا . وباختلاف الثمن من جهة كونه من جنس المبيع أو من غير جنسه . ومن جهة كونه متعلقا بآحاد المبيع أو بجملته وقد اصطلح الفقهاء على تسمية المبحث الذى تبين فيه هذه الكيفيات (بيع المقدرات) واليك بيانه

(بيع المقدرات)

المقدارت هى : المكيلات والموزونات والمزروعات والعدديات

وهى بأنواعها يجوز بيعها مقدرة بأداة يتفق عليها المتعاقدان سواء كانت معلومة المقدار كالمكاييل والموازين والمقاييس المتعارفة بين الناس أو غير معلومة كطشت للكيل أو قطعة حديد للوزن أو قصبة فارسية للذرع ويشترط فى هذه الأداة أن تكون مضبوطة أى لا تنقبض ولا تنبسط ولا تزيد ولا تنقص كما فى الأمثلة السابقة فان كانت مما ينقبض وينبسط أو يزيد وينقص فسد البيع لأن التقدير بها يؤدى الى النزاع . ويجوز بيعها جزافا من غير كيل ولا وزن ولا ذرع ولا عد

ويشترط فى بيع المكيل والموزون جزافا أن يباع بخلاف جنسه فلو بيع واحد منهما بجنسه جزافا فسد البيع لشبهة الربا أى الزيادة فى أحد البدلين عن الآخر ولكن اذا كيل أو وزن كل منهما وظهر تساويهما فى مجلس البيع انقلب العقد صحيحا لزوال المفسد قبل تقرره اذ الفساد لا يتقرر الا بالتفرق من مجلس العقد

ومعنى الربا لغة الزيادة والنماء . ومعناها شرعا هو الفضل الخالى عن العوض المشروط فى البيع

ويتحقق الربا فى كل مكيل أو موزون بيع جنسه متفاضلا ولو كان التفاضل متوهما كما مر فى بيع المكيل والموزون بجنسه جزافا والربا محرم فى جميع الشرائع الالهية والأصل فى تحريمه فى الشريعة الاسلامية قوله تعالى « الذين يأكلون الربا لا يقومون الا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا انما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله

ماسلف وأمره الى الله ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون .
يمحق الله الربا ويربى الصدقات » وما روى عن عبادة بن الصامت قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب . والفضة بالفضة
والبر بالبر . والشعير بالشعير . والتمر بالتمر . والملح بالملح . مثلا بمثل
سواء بسواء يداً بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا
كان يداً بيد »

وقد قاس الفقهاء على هـذه الأنواع الستة غيرها من المكيلات
والموزونات وسموا جميع المكيلات والموزونات أموالا ربوية أى يظهر
فيها الربا اذا بيعت بجنسها متفاضلة أو بغير جنسها نسيئة أى مؤجلة

ويؤخذ مما ذكر أنه اذا بيع المكيل والموزون بجنسه اشترط
لصحة البيع التقابض والتساوى فى مجلس العقد . واذا بيع بخلاف جنسه
أشترط التقابض فقط

ولا عبرة بالجودة والرداءة فى بيع المتجانسين لقوله عليه الصلاة
والسلام « جيد مال الربا ورديئه سواء » فأهدر التفاوت فى الوصف
لانه لو اعتبر التفاوت لسد باب البياعات بالمتجانسين لانه قلما يخلو
عوضان من جنس واحد عن تفاوت ما فلم يعتبر الوصف . وهذا النوع
من الربا يسمى ربا الفضل

وأما ربا النسيئة فهو الذى يحصل بسبب تأخير أحد العوضين
عن الآخر لان النسيئة معناها التأخير فكأن الزيادة فى أحد العوضين
فى نظير الاجل وهو محرم أيضا بالآية والحديث السابقين وبقوله تعالى
« يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا الربا أضعافا مضاعفة »

والحكمة فى تحريم الربا بنوعيه أى ربا الفضل وربا النسيئة أن أكثرها طعوم وأثمان والحاجة اليها ماسة جدا للانسان وقد جرت السنة الالهية فى حق الانسان ان ما كانت الحاجة اليه أكثر كان اطلاق الشرع فيه أوسع فكان حقها أن تكون مباحة كالماء والكلأ والهواء والنار ولكن لوضع اليد عليها ولمنع التزاحم شرع بيعها بدون تفاضل اذا بيعت بجنسها وبدون تأجيل اذا بيعت بخلاف جنسها وشرع اقراضها كذلك حتى لايحرم المحتاج من الحصول عليها من غير ضرر عليه

ولبيع المقدرات أربع حالات

الحالة الأولى ـ بيع الجملة جزافا أى بدون كيل ولا وزن ولا ذرع ولا عد سواء كان الموزون والمذروع مما يضره التبعيض كفص من الماس أو قطنية . أو مما لايضره التبعيض كالعسل وثوب القماش . وسواء كان العددى متقاربا أو متفاوتا كأن تقول بعتك هذا القمح أو العسل أو فص الماس . أو ثوب القماش . أو القطنية . أو البيض أو القطيع من الغنم . بكذا فيقول المشترى قبلت

وحكم هذا البيع أنه صحيح فى الجميع

الحالة الثانية ـ بيع الجملة ـ مع بيان ثمن الواحد منها كأن تقول بعتك هذا القمح كل أردب بجنيه ـ أو العسل كل رطل بقرشين ـ أو فص الماس كل قيراط بخمسة وعشرين جنيها الى آخر الأمثلة المذكورة فى الحالة الأولى

وحكم هذا البيع أنه صحيح فى الجميع أيضاً

الحالة الثالثة ـ بيع الجملة مع بيان مقدارها وثمنها كأن تقول بعتك هذا القمح على أنه عشرون أردبا بعشرين جنيها ـ أو العسل على أنه خمسون رطلا بمائة قرش ـ أو الفص من الماس على أنه خمسة قراريط بمائة جنيه ـ أو هذا الثوب من الجوخ على أنه ثلاثون مترا بخمسة عشر جنيها ـ أو هذه القطنية على أنها اثنا عشر ذراعا بمائتى قرش ـ وهذا البيض على أنه مائة بيضة بعشرين قرشا وهذا القطيع من الغنم على أنه عشرون رأسا بعشرين جنيها

وحكم هذا البيع انه اذا ظهر المبيع تاما فالبيع صحيح فى الجميع وان ظهر زائدا أو ناقصا فحكمه يختلف باختلاف أنواع المبيع وبيانه

(١) ـ اذا كان المبيع مكيلا ـ أو كان موزونا أو مذروعا لايضر كلا منهما التبعيض ـ أو كان عدديا متقاربا ـ وظهر زائدا صح البيع ويرد الزائد الى البائع ـ وان ظهر ناقصا كان المشترى مخيرا بين فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه وبين أخذ الموجود بما يقابله من الثمن

(٢) ـ اذا كان المبيع موزونا أو مذروعا يضر كلا منهما التبعيض وظهر زائدا صح البيع وأخذه المشترى بالثمن المسمى ولا خيار للبائع لأن الثمن تعلق بالجملة لرضا البائع ببيعها به والزيادة وصف والاوصاف لايقابلها شيء من الثمن ـ وان ظهر المبيع ناقصا خير المشترى بين الفسخ وبين أخذ المبيع بكل الثمن لأنه تعلق بجملة المبيع كما فى الزيادة

(٣) ـ اذا كان المبيع عدديا متفاوتا وظهر زائدا أو ناقصا فسد البيع لجهالة المبيع فى حالة الزيادة والثمن فى حالة النقص جهالة فاحشة تؤدى الى النزاع

الحالة الرابعة ـ بيع الجملة مع بيان مقدارها وثمن آحادها كأن تقول بعتك هذا القمح على أنه عشرون أردبا كل أردب بجنيه ـ أو هذا العسل على أنه عشرون رطلا كل رطل بقرشين . أو هذا الفص من الماس على أنه عشرة قراريط كل قيراط بخمسة وعشرين جنيها ـ أو هذا الثوب من الجوخ على أنه أربعون مترا كل متر بخمسين قرشا ـ أو هذه القطنية على أنها اثنا عشر ذراعا كل ذراع بعشرين قرشا ـ أو هذا البيض على انه مائة بيضة كل بيضة بمليمين ـ أو هذا القطيع من الغنم على انه عشرون رأسا كل رأس بجنيه

وحكم هذا البيع أنه اذا ظهر المبيع تاما فالبيع صحيح فى الجميع ـ وان ظهر زائدا أو ناقصا فحكمه يختلف باختلاف أنواع المبيع وبيانه

(١) ـ اذا كان المبيع مكيلا ـ أو كان موزونا أو مذروعا لا يضرها التبعيض ـ أو عدديا متقاربا وظهر زائدا صح البيع ورد الزائد الى البائع وان ظهر ناقصا فالمشترى مخير بين أخذ الموجود بما يقابله من الثمن وبين فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه

(١) ـ اذا كان المبيع موزونا أو مذروعا يضرها التبعيض وظهر زائدا يخير المشترى بين أخذ الكل بكل الثمن . وبين فسخ البيع . وليس له طلب أخذ المسمى فقط لأن التجزئة تضر البيع فتضر البائع . كما أنه ليس للبائع أن يجبر المشترى على أخذ الكل بكل الثمن لأنه قد لا يكون محتاجا الا الى المسمى . أو غير قادر على شراء الكل . وان ظهر ناقصا فالمشترى مخير بين ما ذكر فى حالة النقص السابقة

(٣) — اذا كان المبيع عدديا متفاوتا وظهر زائدا فسد البيع لجهالة المبيع — وان ظهر ناقصا فالمشترى مخير بين أخذ الموجود بما يقابله من الثمن وبين الفسخ

وفى جميع الصور التى يكون فيها الخيار للمشترى بين الاخذ والفسخ بظهور المبيع ناقصا اذا قبض المبيع وهو عالم بالنقصان سقط خياره واذا كان لايعلم به لايسقط . واليك جدولا يبين لك أحكام بيع المقدرات فى الكيفيات الاربع السابقة

(جدول لكيفيات بيع المقدرات)

جنس المبيع ووصفه	الكيفية الاولى: بيع الجملة جزافا	الكيفية الثانية: بيع الجملة مع بيان ثمن الواحد منها	الكيفية الثالثة: بيع الجملة مع بيان مقدارها وثمنها — ان وجد المبيع تاما	الكيفية الثالثة — ان وجد المبيع زائدا	الكيفية الثالثة — ان وجد المبيع ناقصا	الكيفية الرابعة: بيع الجملة مع بيان مقدارها وثمن آحادها — ان وجد المبيع تاما	الكيفية الرابعة — ان وجد المبيع زائدا	الكيفية الرابعة — ان وجد المبيع ناقصا
مكيل	البيع صحيح فى الجميع	البيع صحيح فى الجميع	فالبيع صحيح فى الجميع	يرد الزائد الى البائع	يخير المشتري بين الفسخ وبين أخذ الموجود بما يقابله من الثمن	فالبيع صحيح فى الجميع	يرد الزائد الى البائع	فالمشترى مخير بين فسخ العقد أو أخذ الموجود بما يقابله من الثمن
موزون لا يضره التبعيض	البيع صحيح فى الجميع	البيع صحيح فى الجميع	فالبيع صحيح فى الجميع	»	»	فالبيع صحيح فى الجميع	»	فالمشترى مخير بين فسخ العقد أو أخذ الموجود بما يقابله من الثمن
مذروع لا يضره التبعيض	البيع صحيح فى الجميع	البيع صحيح فى الجميع	فالبيع صحيح فى الجميع	»	»	فالبيع صحيح فى الجميع	»	فالمشترى مخير بين فسخ العقد أو أخذ الموجود بما يقابله من الثمن
عددى متقارب	البيع صحيح فى الجميع	البيع صحيح فى الجميع	فالبيع صحيح فى الجميع	»	»	فالبيع صحيح فى الجميع	»	فالمشترى مخير بين فسخ العقد أو أخذ الموجود بما يقابله من الثمن
موزون يضره التبعيض	البيع صحيح فى الجميع	البيع صحيح فى الجميع	فالبيع صحيح فى الجميع	يأخذه المشترى بالثمن المسمى ولا خيار للبائع	يخير المشترى بين الفسخ وأخذ المبيع بكل الثمن	فالبيع صحيح فى الجميع	يخير المشترى بين الفسخ وأخذ الموجود بما يقابله من الثمن	فالمشترى مخير بين فسخ العقد أو أخذ الموجود بما يقابله من الثمن
مذروع يضره التبعيض	البيع صحيح فى الجميع	البيع صحيح فى الجميع	فالبيع صحيح فى الجميع	»	»	فالبيع صحيح فى الجميع	»	فالمشترى مخير بين فسخ العقد أو أخذ الموجود بما يقابله من الثمن
عددى متفاوت	البيع صحيح فى الجميع	البيع صحيح فى الجميع	فالبيع صحيح فى الجميع	يفسد البيع	يفسد البيع	فالبيع صحيح فى الجميع	يفسد البيع	فالمشترى مخير بين فسخ العقد أو أخذ الموجود بما يقابله من الثمن

(ما يجوز استثناؤه من البيع ومالا يجوز)

القاعدة العامة فى ذلك أن كل ما جاز بيعه منفردا جاز استثناؤه من البيع ومالا يجوز بيعه منفردا لايجوز استثناؤه منه

ويترتب على هذه القاعدة أنه يجوز بيع ثمر النخلة الا أرطالا معلومة منها . وبيع الصبرة من القمح الا اردبا مثلا . ولايجوز بيع الدابة الاحملها ولا بيع البقرة الا اللبن الذى فى ضرعها لأنه لايجوز بيع كل منهما منفردا

(خيار التعيين)

خيار التعيين هو أن يكون لأحد المتعاقدين الحق فى تعيين أحد شيئين أو ثلاثة أشياء بيع أحدها لا بعينه وبين لكل واحد ثمن مخصوص وقت العقد كأن تقول بعتك أحد هذه الخيل الثلاثة على أن الأبيض بعشرين جنيها . والأحمر بثلاثين . والأسود بأربعين . ولك الحق فى اختيار أحدها فى ظرف ثلاثة أيام . ومتى قبل المشتري صح البيع وكان له خيار التعيين فى الأيام الثلاثة. واذا جعل البائع الخيار لنفسه كان له حق التعيين فى المدة المذكورة . ومتى عين من له الخيار المبيع تعين ووجب على المشترى أخذه ان لم يكن أخذه ورد الباقى ان كان قد أخذ الجميع

والخلاف السابق بيانه فى مدة خيار الشرط بين الامام وصاحبيه يقال هنا لأن هذا نوع من أنواع خيار الشرط . وانما يصح خيار التعيين فى الأشياء القيمية فقط دون المثلية لأن المثلية لاتتفاوت آحادها . ولا يكون الا بين شيئين أو ثلاثة أشياء لا أكثر من نوع واحد كما يؤخذ

من قول الدر المختار « وصح خيار التعيين فيما دون الأربعة لاندفاع الحاجة بالثلاثة لوجود جيد ومتوسط . وردئ »

حكم تعيب أحد الشيئين قبل التعيين أو هلاكه

اذا تعيب أحـد الشيئين أو هلك فى مدة الخيار يتبع ما يأتى من الأحكام

أولا ـ اذا كان خيار التعيين للمشترى وقبض الشيئين فهلك أحدهما أو تعيب لزم البيع فيه بثمنه لامتناع الرد بالعيب أو الهلاك وكان الباقى أمانة فى يده واذا تعيبا معا فالخيار على حاله . واذا تعيبا بالتعاقب لزمه ما تعيب أولا والثانى للبائع . ثم ان كان التعيب بتعديه فعليه قيمة ما نقص بالعيب . واذا هلكا معا لزمه نصف ثمن كل منهما لأن أحدهما لابعينه أمانة فى يده والثانى مضمون عليه بثمنه لكونه مبيعا وبهلاكهما معاً لم يتعين المضمون من الأمانة فيتنصف الثمن . واذا هلكا متعاقبا لزمه الأول والثانى يهلك هلاك الامانات فان كان هلاكه بدون تعد فلا ضمان عليه والا فعليه ضمانه بقيمته يوم هلاكه . واذا كان التعيب أو الهلاك بفعل البائع كان المشترى مخيرا بين أخذ الباقى بثمنه وبين فسخ البيع

ثانيا ـ اذا كان الخيار للبائع وتعيب أحـدهما فى يده لزمه ما تعيب وأعطى السليم للمشترى بثمنه الا اذا رضى بأخذ المعيب . واذا هلك أحدهما تعين الثانى للمشترى . وان هلكا معا أو متعاقبا بطل البيع

واذا مات من له الخيار قامت ورثته مقامه ووجب عليهم تعيين المبيع فى مدة الخيار لأن أحد الشيئين أو الاشياء مملوك لا بعينه المورث فينتقل ملكه الى الورثة ويحلون محله فى التعيين

(تسليم المبيع)

الكلام على تسليم المبيع يشمل ما يأتى :

(١) كيفية التسليم (٢) مايقوم مقام قبض الشراء ومالا يقوم مقامه (٣) مكان التسليم (٤) وقت التسليم (٥) مصاريف التسليم . واليك بيان كل

(١) ــ كيفية التسليم

كيفية التسليم تختلف باختلاف الاحوال وذلك أن التسليم اما أن يكون حقيقيا أو حكميا وعلى كل فاما أن يكون المبيع منقولا أو عقارا والمنقول اما أن يكون مثليا أو قيميا والقيمى اما أن يكون حيوانا أو غيره ولكل حكم يخصه واليك بيان كل

التسليم الحقيقى اذا كان فى المنقولات يكون بالاعطاء والاخذ كل بحسب ما يليق به . فتسليم الحيوان أن يمسك بناصيته أو رسنه فيسلم . وتسليم المكيلات والموزونات المبيعة بشرط الكيل والوزن أن تكال وتوزن وتوضع فى الاوعية المعدة لها بمعرفة المشترى . وتسليم المذروعات والعدديات المبيعة بشرط الذرع والعد يكون بعدها وذرعها وتسلم عروض التجارة بالمناولة يدا بيد أو بوضعها عند المشترى بقصد

التسليم مع علم المشترى بذلك وتسليم مافى الصندوق أو المخزن أونحوهما يكون باعطاء المفتاح للمشترى واذنه بالقبض

واذا كان التسليم الحقيقى فى العقارات فان كانت مبينة كالدور . والحوانيت . والحمامات وما ماثلها يكون تسليمها باعطاء المفتاح للمشترى وهو عندها وأذنه بالقبض . وكذا ان كان المشترى داخلها وأذن البائع بالقبض وان كانت أرضا زراعية أو فضاء يكون تسليمها بان يأذن البائع المشترى وهو فيها أو بجوارها بالقبض

ويعتبر التسليم حقيقيا اذا أخذ المشترى المبيع بعلم البائع ولم يمنعه من أخذه أما اذا منعه فلا يعتبر هذا الاخذ قبضا . كما لا يعد قبضا اذا أخذه بلا اذن البائع قبل تسليم الثمن الحال فان حصل ذلك كان للبائع استرداده مادام موجودا بالحالة التى كان عليها وقت الأخذ فان هلك أو تعيب انقلب القبض صحيحا ويلزم المشترى بالثمن

والتسليم الحكمى يكون بالتخلية بين المشترى والمبيع أى بازالة الموانع التى تحول دون الأخذ مع الاذن به

ويشترط لصحة التخلية أن يكون المشترى قريبا من المبيع وأن يقول له خليت بينك وبينه أو ما يفيد الاذن بالقبض فلو لم يقل ذلك . أو قاله وكان المبيع بعيدا لا تكون التخلية معتبرة شرعا ولا يسمى المشترى قابضا للمبيع . ومثل البعيد مالا يقدر المشترى على قبضه الا بمشقة ولو كان قريبا . واذا أقر بالقبض وقت العقد وكان المبيع بعيدا عنه فهذا الاقرار لا يتحقق به القبض على الصحيح بل يعتبر غير قابض للمبيع

ويشترط لصحة التسليم على العموم أن يكون المبيع غير متصل

بملك البائع ولاغيره على التفصيل الآتي وهو : أن المبيع اما أن يكون متصلا بغيره اتصال قرار . أو اتصال مجاورة . فان كان متصلا اتصال قرار بأن بيع البناء أو الشجر دون الأرض . أو بيعت الأرض دونهما

أو بيع الثمر قبل قطعه دون الشجر فلصحة التسليم يجب فصل المبيع عن غيره وتسليمه مفرزا مميزا للمشترى . وان كان متصلا اتصال مجاورة فان كان المبيع هو المشغول بأن كان منزلا بيع دون مافيه من الأثاث فلا يعتبر التسليم الا بعد تخليته مما فيه . وان كان هو الشاغل بأن كان المبيع هو الأثاث دون المنزل صح التسليم بالتخلية كما سبق . واذا امتنع البائع عن افراز المبيع وتسليمه أجبر على ذلك

هذا كله اذا كان المبيع في يد البائع وقت العقد . فان كان في يد المشترى فحكمه يعلم مما يأتي

(٢) — ما يقوم مقام قبض الشراء وما لا يقوم مقامه

اذا كان المبيع تحت يد المشترى وقت عقد البيع بسبب ما فتارة يقوم القبض الأصلي مقام قبض الشراء . وتارة لا يقوم مقامه

فان كان المشترى قد قبض المبيع بالغصب أو بعقد فاسد ثم اشتراه بعقد صحيح قام القبض الأول مقام قبض الشراء واعتبر المشترى قابضا للمبيع من وقت العقد

وان كان المشتري قد قبض المبيع على أنه رهن أو عارية أو وديعة أو ما أشبه ذلك فلا يقوم القبض الاول مقام قبض الشراء بل لا بد من تسليم جديد حتى يعتبر المشترى قابضا للمبيع بهذا الشراء

والفرق بين الحالتين المذكورتين أن المبيع فى الحالة الاولى كان مضمونا على المشترى بنفسه قبل عقد الشراء سواء كان موجودا وقت العقد أو هالكا وسواء كان الهلاك بتعد أو بدون تعد . ولهذا فلافائدة فى اعادة تسليمه . وفى الحالة الثانية لم يكن المبيع مضمونا بنفسه بل فى الرهن يكون مضمونا بغيره وهو الأقل من قيمته ومن الدين كما سيأتى . وفى العارية والوديعة غير مضمون أصلا فوجب تسليمه من جديد لئلا يكون قد هلك قبل البيع

(مكان تسليم المبيع)

اذا اتفق المتعاقدان على تسليم المبيع فى مكان معين وجب تسليمه فيه ولا يبرأ البائع بتسليمه فى غيره بدون رضا المشترى

وان لم يتفق المتعاقدان على تسليمه فى مكان معين فمكان التسليم هو الذى كان فيه المبيع وقت العقد . ثم ان كان المشترى لايعلم بمكانه فله الخيار بين أخذه وبين فسخ العقد : وان كان يعلم به فلا خيار له

(وقت تسليم المبيع)

وقت تسليم المبيع هو عقب أداء الثمن الحال فان كان الثمن مؤجلا أو منجما فعقب العقد . أو أداء ما اشترط تعجيله من النجوم ولا يصح للبائع أن يشترط تأجيل تسليم المبيع المستحق تسليمه سواء كانت مدة الاجل معلومة أو مجهولة طويلة أو قصيرة بل يفسد العقد لان هذا الشرط فاسد وهو اذا اقترن بالبيع يفسده

ولكن لايفسد اذا طلب المشترى تأجيل تسليمه بشرط أن يكون الاجل معلوما لان القبض من حقه وقد تنازل عنه فان كان الاجل مجهولا فسد البيع لجهالة الاجل لا لاشتراط التأجيل

(مصاريف تسليم البيع)

مصاريف تسليم المبيع على البائع حتى يقبضه المشترى فمصاريف الكيل والوزن والذرع والعدان اشترط البيع بها على البائع وان كان البيع جزافا فعلى المشترى . لان التسليم فى هذه الحالة غير متوقف على الكيل وما بعده

وأجرة نقله الى المكان المعين للتسليم على البائع أيضا

أما مصاريف نقل المبيعات التى تباع محمولة على العربات والحيوانات أو على رؤوس البائعين الى مساكن المشترين كما هو حاصل كثيرا فى القاهرة والمدن الكبيرة فيتبع فيها العرف . فان كان يقضى بجعلها على البائع فهى عليه والا فعلى المشترى

« حق حبس المبيع لقبض الثمن »

هذا المبحث جزء متمم لتسليم المبيع لاننا بينا فى مبحث (وقت التسليم) أنه يكون عقب أداء الثمن الحال أو عقب العقد ان كان الثمن مؤجلا أو دفع ما اشترط تعجيله من النجوم ان كان منجما ويؤخذ منه أنه اذا لم يدفع المشترى الثمن الحال قبل قبض المبيع فلا يجبر البائع على تسليمه بل يكون له الحق فى حبسه حتى يستوفى

ثمنه سواء كان المبيع شيئا واحد أو جملة أشياء بيعت بعقد واحد وسواء سمى لمجموع هذه الأشياء ثمن واحد أوسمى لكل منهما ثمن على حدته ويستمر حق الحبس مابقى من الثمن شيء ولو كان زهيدا . أما اذا بيعت هذه الأشياء بعقود متعددة وأدى المشترى ثمن واحد منها كان له أخذه لتعدد المبيعات بتعدد العقود فلا تتفرق الصفقة على البائع

ولا يسقط حق الحبس باعطاء المشترى للبائع رهنا أو باحضاره كفيلا بالثمن أو بابراء البائع اياه عن بعضه لان حق المطالبة لم ينقطع فى جميع هذه الاحوال ـ فاذا انقطع حق المطالبة بأن أحال البائع شخصا على المشترى بالثمن حوالة صحيحة بطل حق الحبس ووجب على البائع تسليم المبيع سواء أدى المحال عليه الثمن المحال أولا كما يسقط حق الحبس بتسليم البائع المبيع برضاه المشترى أو من ينوب عنه فليس له بعد ذلك طلب استرداده وحبسه حتى يستوفى الثمن

ولكن لايسقط حق الحبس اذا أحال المشترى البائع على شخص ليأخذ منه الثمن . وكذا اذا أخذ المشترى المبيع بدون اذن البائع فله استرداده وحبسه

(حكم البيع اذا هلك المبيع)

المبيع اذا هلك فاما أن يهلك كله . أو بعضه . وعلى كل فاما أن يكون هلاكه قبل التسليم . أو بعده ـ وعلى كل فاما أن يكون بفعل البائع . أو بفعل المشترى أو بآفة سماوية أو بفعل أجنبي

فان هلك كل المبيع قبل التسليم وكان بفعل البائع أو المبيع أو بآفة

سماوية بطل البيع . لأن المبيع مضمون على بائعه بالثمن حتى يسلمه للمشترى وبالهلاك تعذر التسليم . وحينئذ يكون للمشترى استرداد الثمن ان كان أداه ويسقط عنه ان لم يكن أداه . واذا كان بفعل أجنبي كان المشترى مخيرا بين امضاء العقد وأداء الثمن والرجوع على الاجنبي بقيمة المبيع يوم هلاكه ان كان قيميا أو بمثله ان كان مثليا أو فسخ العقد واسترداد الثمن وللبائع الرجوع على الاجنبي بما ذكر . واذا كان بفعل المشترى اعتبر اهلاكه قبضا ولزمه الثمن ان لم يكن للبائع خيار الشرط أو لم يكن العقد فاسداً فان كان كذلك بطل البيع ولزم المشترى قيمة المبيع يوم هلاكه ان كان قيميا . ومثله ان كان مثليا

وان هلك بعض البيع قبل التسليم كان المشترى مخيرا بين أخذ الباقي بما يقابله من الثمن وبين فسخ العقد

أما اذا هلك بعد التسليم هلك على المشترى على كل حال ويلزم بثمنه ان لم يكن فيه خيار للبائع والا فيلزم بالقيمة أو المثل

حكم المبيع والثمن

(اذا مات أحد المتعاقدين مفلسا قبل التسليم)

اذا مات المشترى مفلسا قبل أداء الثمن

اذا اشترى شخص منزلا مثلا بألف جنيه وقبضه من بائعه قبل أداء الثمن ثم مات المشترى مفلسا أى أن تركته مستغرقة بالديون فالبائع أسوة الغرماء . بمعنى أن التركة تقسم بين الدائنين بما فيهم البائع بنسبة

ديونهم ولو كانت التركة هى المنزل فقط . فلو كان الثمن الذى للبائع مقدار ربع الديون على التركة ولم يترك المشترى غير المنزل المذكور كان للبائع ربع ثمن المنزل فقط ويوزع باقى الثمن على بقية الغرماء

أما اذا لم يقبض المشترى المبيع ولم يدفع الثمن كله أو بعضه فالبائع أحق بحبس المبيع حتى يستوفى جميع الثمن من تركة الميت فان لم يكن له غير المنزل بيع بأمر القاضى واستوفى حقه من ثمنه لان حقه فيه أقوى من حق بقية الدائنين اذ لايزال فى ضمانه . فان زاد ثمنه عن حق البائع يعطى الزائد للغرماء بنسبة ديونهم وان نقص عنه كان فيما يبقى له أسوة الغرماء .

اذا مات البائع مفلسا قبل تسليم المبيع

اذا فرضنا فى المثال الذى ذكرناه فى المبحث السابق أن البائع هو الذى مات مفلسا قبل تسليم المبيع فلا يخلو الحال من أحد أمرين :

الاول — أن يكون موته قبل تسليم المبيع وبعد قبض الثمن وحينئذ يكون المشترى أحق بالمبيع من سائر الغرماء فله أخذه ان كان موجودا لان البائع لم يكن له حق حبسه حال حياته فغيره لايكون له هذا الحق من باب أولى . ولا حق للغرماء فيه لأنه كان كالوديعة فى يد البائع حتى يسلمه لصاحبه

وان لم يوجد فى تركته بأن هلك استرد المشترى أولا الثمن الذى أداه ثم تقضى بقية الديون لأن حق المشترى مقدم على حقوقهم

الثانى — أن يكون موته قبل تسليم المبيع وقبض الثمن فان كان المبيع موجودا وجب على المشترى أخذه وأداء ثمنه للغرماء وان تأخر عن

ذلك باعه القاضى جبرا عليه وأخذ الغرماء من ثمنه بقدر ما على المشترى وان زاد شىء أخذه المشترى وان نقص ألزم بأداء الباقى . وان كان قد هلك بطل البيع ولا شىء على المشترى

(التصرف فى المبيع قبل قبضه)

التصرف فى المبيع قبل قبضه يختلف حكمه باختلاف المتصرف وباختلاف المتصرف معه وباختلاف نوع المبيع . وذلك أن المتصرف اما أن يكون هو المشترى أو البائع . واذا كان المتصرف هو المشترى فاما أن يكون المتصرف معه هو البائع أو غيره . والمبيع المتصرف فيه اما أن يكون عقارا أو منقولا والعقار اما أن يخشى هلاكه أو لا

فان كان المتصرف هو المشترى والتصرف لغير البائع والمبيع المتصرف فيه قبل قبضه عقارا لايخشى هلاكه أى بعيدا عن البحار والبراكين والرمال السافية جاز التصرف فيه بغير الاجارة لانه لا غرر فى غيرها واذا كان المشترى لم يؤد الثمن للبائع كان تصرفه موقوفا على اجازة البائع فان اجازه نفذ ووجب عليه تسليم المبيع المشترى الاخير وان لم يجزه بقى موقوفا حتى يستوفى الثمن

أما اذا كان منقولا أو عقارا يخشى هلاكه فلا يصح التصرف فيه قبل قبضه مطلقا بل يكون التصرف فاسدا

وان كان المتصرف هو المشترى أيضا ولكن التصرف كان للبائع فلا يصح سواء كان المتصرف فيه عقارا بنوعيه أو منقولا

وان كان المتصرف هو البائع بلا اذن المشترى كان تصرفه موقوفا

على الاجازة فان أجازه المشترى نفذ والا بطل واسترد المبيع ان كان موجودا فان هلك بعد البيع وقبل الاجازة ضمن البائع قيمته للمشترى يوم هلاكه ان كان قيميا ومثله ان كان مثليا

وأحكام التصرفات السابقة هى على رأى الامام وأبى يوسف . أما محمد فقد قال لا يصح للمشترى التصرف فى المبيع قبل قبضه سواء كان عقارا أو منقولا . وسواء كان العقار مما يخشى هلاكه أولا الا اذا كان هذا التصرف بالعقود التى لا تتم الا بالقبض كالهبة . والرهن . والقرض ويعتبر الموهوب له . أو المرتهن . أو المستقرض . قابضا للواهب أو الراهن أو المقرض أولا بطريق الوكالة ولنفسه ثانيا بمقتضى العقد

(مايدخل فى البيع تبعا وما لا يدخل)

يدخل فى البيع تبعا بدون تصريح بذكره فى العقد ما يأتى :

أولا — كل ماجرى عرف البلدة على أنه من متناولات المبيع

ثانيا — ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار وهو ما وضع لا لان يفصله الانسان سواء كان اتصاله خلقيا أو صناعيا . فيدخل فى بيع الدار كل ما كان مبنيا أو مثبتا فيها أو متصلا ببنائها اتصال قرار . ويدخل فى بيعها أيضا بستانها الداخل فيها مطلقا سواء كان كبيرا عنها أو صغيرا أو مساويا وبستانها الخارج عنها ان كان أصغر منها لان الصغير يتبع الكبير ولا عكس .

وكل ما ليس من بنائها ولا من توابعه المتصلة به ولا مما هو متصل بها من غير ذلك لا يدخل تبعا الا اذا جرى العرف بأن البائع لا يضن

به على المشترى ويدخل فى بيع الحمام قدوره التى يسخن فيها الماء وأوانيه الكبيرة التى لاتنتقل عادة من محلها . أما الصغيرة فان كانت مثبتة دخلت بدون ذكرها وان كانت غير مثبتة لاتدخل الا به . ويدخل فى بيع الأرض الأشجار المغروسة فيها للبقاء سواء كانت كبيرة أو صغيرة مثمرة أو غير مثمرة . ويدخل فى بيعها أيضا أصول الرطبة وقصب السكر والقصب الفارسى ونحوها مما ليس لبقائه نهاية معلومة أما الاشجار اليابسة التى لاينتفع بها الا حطبا والاشجار المعدة للنقل فى وقت معلوم فلا تدخل تبعا

ثالثا — كل ما كان كجزء من المبيع بأن كان لاينتفع بالمبيع الا به — فيدخل فى بيع الأقفال مفاتيحها . وفى بيع البقرة الحلوب تبيعها الرضيع (اى ولدها) بخلاف تبيع دواب الحمل فانه لايدخل الا اذا كان العرف يقضى بدخوله أو وجد مع أمه فى مكان البيع للعرف أيضا . ويدخل فى بيع الاشجار الارض المغروسة فيها اذا كان شراؤه بقصد البقاء ويجوز للمشترى كلما قلع شجرة أن يغرس غيرها مكانها . أما اذا اشتراها بقصد قلعها فلا تدخل الارض تبعا لها . وان قطعها من وجه الارض ثم نبتت من جذورها أو من محل القطع فما نبت فهو للبائع وان قطعها من أعلاها فما نبت فهو للمشترى . وان كان فى قلعها من جذورها ضرر للأرض يجب قطعها من حيث لايحصل لها ضرر . واذا نشأ ضرر بسبب قلع الاشجار كوقوعها على حائط فانهدم . وعلى متاع لشخص فتلف ضمن القالع مانشأ عن الضرر

رابعا — كل ما كان من حقوق المبيع ومرافقه أى توابعه التى

لابد له منها يدخل فى البيع تبعا اذا ذكرت الحقوق والمرافق فان لم تذكر لاتدخل . وينبنى على ذلك أنه اذا بيعت دار بحقوقها ومرافقها دخل فى البيع الطريق الخاص وحق الشرب وحق المجرى وحق المسيل.
واذا لم يدخل الطريق الخاص فى البيع لعدم ذكر الحقوق والمرافق وليس للمشترى ما يوصله الى الشارع كان بالخيار بين أخذ المبيع بكل الثمن وبين فسخ العقد ـ هذا اذا كان لايعلم وقت العقد بعدم دخوله فى البيع فان كان يعلم فلا خيار له

وكل ماليس من حقوق المبيع ولا مرافقه لا يدخل فى البيع تبعا ولو ذكرت الحقوق والمرافق وينبنى على ذلك أنه لا يدخل الزرع تبعا فى بيع الارض ولا الثمر فى عقد بيع الشجر ولو ذكرت الحقوق والمرافق الا بذكر كل منهما فى البيع . ولكن اذا قال البائع بعتك هذه الأرض أو الاشجار بكل ما هو فيها أو منها دخل الزرع والثمر لانه بذلك يكون كل منهما فى حكم المنصوص عليه فى العقد

(حكم هلاك التوابع واستحقاقها)

كل ما يدخل فى البيع تبعا اذا هلك قبل التسليم لايقابله شئ من الثمن بل يكون المشترى بالخيار بين أخذ الموجود بكل الثمن وبين فسخ العقد . أما اذا استحق فيختلف حكمه باختلاف ما اذا كان الاستحقاق قبل القبض أو بعده . وما اذا كان التابع مما يصح بيعه مستقلا أو لايصح وكل هذه الاقسام سيأتى بيانها فى مبحث) ضمان البائع للمبيع عند الاستحقاق)

(حكم زوائد المبيع قبل القبض)

الزوائد التى يزيدها المبيع بعد العقد وقبل القبض كالنتاج والثمار والأزهار تكون مملوكة للمشترى لأنها نماء ملكه فيأخذها مع المبيع ان كانت موجودة . أما اذا هلكت فان كان الهلاك بتعدى البائع فعليه ضمانها بقيمتها يوم الهلاك وان كان هلاكها بدون تعديه فلا ضمان عليه لانها توابع فيسرى عليها حكم هلاك التوابع المذكور

(ضمان المبيع عند الاستحقاق)

هذا المبحث هو الذى أشرنا اليه فيما يترتب على البيع اللازم من أن البائع ضامن للمشترى الثمن عند الاستحقاق . ويشتمل على : تعريف الاستحقاق . وأنواعه . وأحكامه . وشروط الرجوع بالثمن . ومن يكون خصما فى دعوى الاستحقاق. ومن يتناوله الحكم بالاستحقاق. واسترداد المبيع بعد الاستحقاق . واستحقاق بعض المبيع. واستحقاق توابع المبيع . وحكم الزيادة فى العين المستحقة .

(١) ــ تعريف الاستحقاق

الاستحقاق هو ظهور أن المبيع غير مملوك لبائعه بأن لم يكن مملوكا أصلا أو مملوكا لغيره

ومن المقرر شرعا أن البائع ضامن للمبيع بثمنه عند الاستحقاق ولو لم يشترط الضمان فى العقد ويفسد البيع اذا اقترن بشرط عدم ضمان البائع ثمن المبيع عند استحقاقه

(٢) ـ أنواع الاستحقاق

يؤخذ من التعريف المذكور أن الاستحقاق ينقسم الى نوعين :
أحـدهما استحقاق مبطل للملك كظهور أن المبيع وقف بيع بلا مسوغ شرعى . وثانيهما استحقاق ناقل الملك كظهور أن المبيع مملوك لغير بائعه

(٣) ـ أحكام الاستحقاق

حكم كل شئ هو أثره المترتب عليه . وحكم الاستحقاق يختلف باختلاف أنواعه فحكم الاستحقاق المبطل للملك أنه يوجب انفساخ العقود بين الباعة بدون توقف على فسخ القاضى فلكل مشتر حق الرجوع على بائعه وان لم يرجع أحد عليه . كما أن له حق الرجوع على الكفيل الذى ضمن الثمن عند الاستحقاق ولو لم يقض بالرجوع على المكفول عنه

وحكم الاستحقاق الناقل للملك أنه لا يوجب انفساخ العقود أى أنه اذا حكم القاضى للمستحق بملكيته للمبيع فقط ولم يحكم بانفساخ العقد لا ينفسخ بل يكون موقوفا على اجازة المستحق فان أجازه نفذ ورجع بالثمن على البائع لا على المشترى . وان لم يجزه بطل فى حقه فقط لا فى حق البائع والمشترى لجواز أن يبرهن البائع على أنه تلقى الملك عن المستحق . هـذا اذا لم يفسخاه أما اذا فسخاه صراحة بأن قالا تفاسخنا العقد أو دلالة كما اذا طلب المشترى من البائع الثمن فأعطاه له فانه ينفسخ فى حقهما أيضا

وكذلك ينفسخ اذا حكم القاضي بالفسخ أو برجوع كل مشتر على بائعه بما أداه . فاذا حكم القاضي بذلك لا يكون المستحق اجازته لان المفسوخ لايجاز . ومتى لم يجز المالك البيع . أو تفاسخ المتعاقدان أوحكم القاضي بالفسخ أو برجوع المشترى بالثمن على البائع . أخذ المستحق العين المستحقة ورجع كل مشتر على بائعه بالثمن الذى أداه له بعد توفر الشروط الآتية

(ح) — شروط الرجوع بالثمن بعد الاستحقاق الناقل للملك :

يشترط لصحة الرجوع بالثمن بعد الاستحقاق الناقل الملك ماياتى:

أولا — أن يثبت الاستحقاق بالبينة فان ثبت باقرار المشترى أو وكيله أو بنكول أحدهما عن اليمين فلا رجوع له لانه هو الذى أبطل حقه أما اذا ثبت باقرار البائع رجع عليه المشترى وهو لا يرجع على بائعه لان الاقرار حجة قاصرة على المقر. ولا فرق فى صحة رجوع المشترى بالثمن بين ماذا كان يعلم قبل الشراء أن المبيع ليس ملكا للبائع أولا يعلم - وبين ما اذا صدق البائع فى أن شهود المستحق شهدوا زورا أو لم يصدقه لانه لم يسلم له المبيع فلا يحل للبائع أخذ الثمن وبين ما اذا أقر بعد ثبوت الاستقاق بالبينة أن المبيع ملك المستحق أو لم يقر لانه لا قيمة لهذ الاقرار بعد اقامة البينة على الاستحقاق

ثانيا — أن يحكم القاضي بالفسخ أو بالرجوع بالثمن . فاذالم يحكم بأحد هذين الشيئين فلا يثبت للمشترى حق الرجوع عليه لان العقد لم ينفسخ بالنسبة اليه- وبالاولى لا يجوزالرجوع على من ضمن الدرك وهو

الذى يعلق ضمان الثمن للمشترى بظهور استحقاق المبيع الا اذا حكم القاضى بواحد مما ذكر سواء كان الحكم بالفسخ أو بالرجوع مقترنا بالاستحقاق أو لا بأن أقام المشترى دعوى الرجوع بالثمن لاستحقاق المبيع فيحكم له به

ثالثا — أنه عند تعدد الباعة لا يرجع أحد منهم على بائعه حتى يرجع عليه من اشترى منه — وينبنى على ذلك أنه لا يرجع المشترى الأوسط قبل أن يرجع عليه المشترى الأخير حتى لا يجتمع ثمنان فى ذمة شخص واحد وأنه لو أبرأ البائع الأخير المشترى من الثمن قبل الحكم بالاستحقاق ثم حكم به فلا رجوع لهذا المشترى ولا لغيره من المشترين على بائعيهم أما بالنسبة للمشترى الأخير فظاهر لانه لم يدفع شيئا حتى يرجع به وأما بالنسبة لغيره فلعدم رجوع أحد عليه أما اذا أبرأ المشترى الاخير بائعه من الثمن بعد الحكم بالاستحقاق وبالرجوع فللبائع الرجوع على بائعه بالثمن الذى أداه له لان الحكم بالرجوع جعل المشترى كأنه أخذ الثمن وكأن الابراء تمليك جديد . ولا يجوز لبقية الباعة الامتناع عن رد الأثمان بدعوى عدم رجوع هذا الاخير

رابعا — أنه اذا حكم بالاستحقاق على المشترى فقط فادعى هذا على بائعه استحقاق المبيع ليرجع عليه بثمنه يجب أن يفسر الاستحقاق ويبين سببه الذى بنى عليه حكم القاضى بالاستحقاق والرجوع بالثمن فان فعل ذلك استحق الرجوع وان لم يفعل فلا يستحق الرجوع . ولو أنكر البائع البيع فأثبته المشترى بالبينة رجع على البائع بثمنه ولا يشترط حضور المبيع لسماع البينة بل يكفى ذكر صفاته ومقدار ثمنه . وانكار

البائع البيع لا يمنع من رجوعه على بائعه بعد أن ثبت بالبينة بطلان انكاره فصار بحكم القاضى كأن لم يكن فلا يترتب عليه شئ فيصح الرجوع

خامساً ـ أن يكون الاستحقاق قد ورد على ملك البائع . فان ورد على ملك المشترى بأن أثبت المستحق أنه يملكه بتاريخ متأخر عن الشراء فلا حق للمشترى فى الرجوع بالثمن على البائع

سادسا ـ أنه لو أخذ المستحق المبيع من المشترى قبل الحكم بالاستحقاق فهلك عنده فيشترط لصحة رجوع المشترى على بائعه أن يقيم دعوى على المستحق بأنه أخذ ملكه منه بلا رضاء ولا قضاء وقد هلك . ويطلب أخذ قيمته أو مثله فيبرهن المستحق أنه له . وحينئذ يرجع المشترى بثمنه

فاذا توفرت هذه الشروط فى الاستحقاق صح الرجوع من كل مشتر على بائعه بالثمن الذى أداه له بتمامه . ولا يسقط حق المشترى فى الرجوع بكل الثمن على بائعه اذا صالح المشترى المستحق على شئ ولو قليل بعد الحكم بالاستحقاق وأبقى الشئ المستحق له لان هذا الصلح يعتبر شراء من المستحق

واذا زادت قيمة المبيع بعد القبض عن ثمنه الذى اشتراه به المشترى لرغبة مخصوصة فيه أو لغلاء الاسعار فى نوعه أو لزيادته زيادة متصلة متولدة أو ما شابه ذلك ثم استحق فليس للمشترى الحق الا فى استرداد الثمن الذى أداه للبائع لا فى قيمة الزيادة . أما حكم ما يزيده المشترى بعمله فى العين المستحقة فسيأتى حكمه

وكذلك اذا نقصت قيمة المبيع عند المشترى بأى سبب كان فليس للبائع انقاص شئ من ثمنه فى مقابلة هذا النقص بل يجب عليه رد كل الثمن ثم ان كان النقص بتعدى المشترى كان للمستحق أن يضمنه قيمته لا للبائع . وانما يرجع المشترى على البائع اذا باع بنفسه فان كان الذى باع هو الوكيل عن المالك وأضاف العقد الى نفسه رجع عليه المشترى بعد ظهور الاستحقاق سواء كان أدى الثمن له أو لموكله وفى هذه الحالة يؤمر الوكيل بأخذه منه ورده للمشترى

ولا يشترط فى الرجوع على البائع اذا باع بنفسه أن يكون هو الذى قبض الثمن من المشترى . ولا أن يكون المشترى هو الذى أدى الثمن بنفسه بل يثبت حق الرجوع على البائع ولو كان الذى أخذ الثمن غيره . أو كان الذى أداه هو غير المشترى

ويترتب على ذلك أنه لو أحال البائع شخصا على المشترى ليأخذ منه الثمن فأخذه ثم استحق المبيع أو أحال المشترى البائع على شخص ليأخذ منه الثمن ثم استحق المبيع رجع المشترى على البائع لا على المحال الذى أخذ منه الثمن فى الصورة الأولى

(٥) — من يكون خصما فى دعوى الاستحقاق

الذى يكون خصما فى دعوى الاستحقاق هو المشترى مطلقا سواء كان قد قبض المبيع أو لا لأنه هو المالك على كل حال . أو البائع اذا كان المبيع فى يده لأنه واضع اليد فتصح اقامة الدعوى عليه كما تصح اقامتها على المالك . فان أقيمت الدعوى عليه . فلا تسمع الا بعد احضار

المشترى . وان أقيمت على المشترى قبل قبض المبيع فلا تسمع أيضا الا بعد احضار البائع لأنه واضع اليد ليحكم عليهما بالاستحقاق

واذا لم يكن للمستحق بينة وطلب تحليفهما اليمين على أنه لا يستحق ما ادعاه فلا يخلو الحال من أحد أمور أربعة :

الاول — أن يحلفا على أنه لايستحقه وفى هذه الحالة تسقط دعواه

الثانى — أن يحلف البائع وينكل المشترى . وفى هذه الحالة يثبت الاستحقاق بنكول المشترى ولكن لايرجع بالثمن على البائع اذا كان أداه ويجب عليه أداؤه ان لم يكن أداه . وعليه أيضا قبض المبيع من البائع وتسليمه الى المستحق بمقتضى اقراره . وانما لايرجع بالثمن لأن الاقرار حجة قاصرة على المقر فلا يتعداه الى غيره

الثالث — أن يحلف المشترى وينكل البائع . وفى هذه الحالة يثبت الاستحقاق أيضا بنكول البائع وللمشترى الرجوع بقيمة المبيع ولا رجوع للبائع على بائعه لما قلنا من أن الاقرار حجة قاصرة على المقر وانما كان له حق الرجوع بالقيمة فى هذه المسألة لا بالثمن لأن البائع صار باقراره بالاستحقاق كالمغتصب المبيع من مالكه والمغتصب يضمن قيمة ما اغتصبه . هذا اذا لم يرض المستحق باجازة البيع وأخذ الثمن فان رضى بذلك أخذه من البائع وحينئذ لايرجع المشترى بشىء لسلامة المبيع له

الرابع — أن ينكل كل من البائع والمشترى عن اليمين وفى هذه الحالة يثبت الاستحقاق بنكولهما . وللمشترى الرجوع بالثمن على البائع

ان كان أداه لأن علمه بان المبيع غير مملوك لبائعه لايمنع من الرجوع عليه بالثمن كما سبق

أما اذا أقام المستحق البينة على استحقاقه وحكم له القاضى به كان للمشترى حق الرجوع على بائعه بالثمن ولو أقر بعد البينة بملكية المستحق للمبيع كما سبق

(٦)— من يتناوله الحكم بالاستحقاق

القاعدة فى ذلك أن الحكم بالملك للمستحق حكم على ذى اليد وعلى من تلقى ذو اليد الملك منه . ويترتب على ذلك مايأتى :

أولا — أنه لو ادعى واضع اليد تلقى الملك عن مورثه كان الحكم عليه بالاستحقاق حكم على بقية الورثة فلا تسمع دعوى الملك من أحد منهم بسبب الارث وانما تسمع اذا ادعى أنه تلقى الملك من المستحق أو ممن تلقى الملك عنه أو أن العين المستحقة من نتاج دابته اذا كانت حيوانا

ثانيا — أنه لو ادعى تلقى الملك بالشراء وكان هو المشترى الاخير كان الحكم بالاستحقاق حكما عليه وعلى جميع الباعة وجاز لكل واحد من المشترين أن يرجع على بائعه بالثمن بعد أن يرجع عليه من اشترى منه ولو كان أداؤه الثمن بلا الزام القاضى اياه بأدائه

ولو أنكر أحد الباعة المبيع فعلى من يرجع عليه بالثمن أن يقيم البينة على حصوله . ثم ان كان الذى ينظر هذه الدعوى هو الذى سمع دعوى الاستحقاق وحكم به ويذكر أن ذلك حصل أمامه فلا يحتاج فى رجوع غير من أقام الدعوى ولا فى اثبات الاستحقاق من جديد

الى بينة بل بمجرد الحكم بحصول البيع من المنكر يرجع كل مشتر على بائعه . وان كان ينظرها هو وغيره أو كان هو ولكنه لم يذكر ماحصل فانه يحتاج فيما ذكر الى الاثبات

(٧) ـ استرداد المبيع بعد الاستحقاق

اذا حكم بالملك لامستحق فرجع المشترى بالثمن على بائعه وأخذه منه . ولم يكن البائع وقت الحكم بالاستحقاق قادرا على اثبات ملكيته للمبيع لسبب من الأسباب : ثم تيسر له اثبات ملكيته له بالتلقى من المستحق بأن أقام البينة على ذلك فلا يخلو الحال من أن يكون المشترى قد رجع بالثمن بالقضاء ، أو بدونه . وعلى كل فاما أن تقام البينة على تلقى البائع الملك من المستحق : على المشترى أو على المستحق . فان كان المشترى قد رجع بالثمن بالقضاء فلاتسمع الدعوى بالتلقى الاعلى المستحق فقط ولو أقامها وحكم له باسترداد المبيع فلايكون له حق الزام المشترى بالمبيع لان حكم القاضى بالرجوع بالثمن قد فسخ عقد البيع ومتى انفسخ العقد لايعود . وان كان المشترى قد رجع بالثمن بلا قضاء جاز للبائع اقامة البينة على المستحق أو على المشترى ومتى قبلت كان له أن يلزم المشترى بالمبيع لأن عقد البيع لم ينفسخ فى حقه كما ذكر

وان لم يكن عند البائع بينة وأراد أن يحلف المستحق بالله ما باعه ولا وهبه ولاتصدق به ولا خرج عن ملكه بوجه من الوجوه كان له ذلك فان حلف المستحق تم استحقاقه وان نكل عن اليمين لايصح استحقاقه

(٨) ـ استحقاق أحد البدلين فى بيع المقايضة

المقايضة هى بيع سلعة بسلعة كبيع دار بستان . أو فرس ببعير فاذا حصل ذلك ثم استحق أحد البدلين يرجع من حكم عليه بالاستحقاق على صاحبه بالبدل الآخر ان كان موجودا أو بقيمته يوم قبضه ان كان هالكا بقيمة العين المستحقة سواء كان الهلاك بتعد أو بدون تعد

(٩) ـ هلاك المبيع قبل الاستحقاق

اذا هلك المبيع قبل ظهور الاستحقاق فلا يخلو الحال من أن يكون قد هلك تحت يد البائع أو تحت يد المشترى

فان كان قد هلك تحت يد البائع بطل البيع وصار المشترى لا علاقة له بدعوى الاستحقاق . وانما تجب اقامتها على البائع ومتى ثبت الاستحقاق رجع المستحق بقيمة المبيع عليه

وان كان قد هلك تحت يد المشترى ضمنه المستحق قيمته يوم القبض ان كان قيميا ومثله ان كان مثليا وهو يرجع على البائع بالثمن لا بما ضمن

وفى كلتا الحالتين يجب على المستحق أن يبرهن على قيمة المبيع يوم قبضه حتى يصح الحكم بها ويمكن أداؤها

(١٠) ـ استحقاق بعض المبيع

اذا استحق بعض المبيع فحكمه يختلف باختلاف ما اذا كان الاستحقاق قبل قبض المبيع أو بعده

فان كان الاستحقاق قبل قبض المبيع كله أو بعضه فحكمه أن البيع يبطل فى البعض المستحق ويكون المشترى بالخيار بين أخذ الباقى بما يقابله من الثمن و بين فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه سواء كان البعض المستحق من المبيع معينا أو شائعا وسواء كان هو البعض المقبوض أو غيره . وسواء كان الاستحقاق يورث عيبا فى المبيع أولا

وان كان الاستحقاق بعد قبض المبيع كله بطل المبيع فى البعض المستحق أيضا ثم لو أورث الاستحقاق عيبا فى الباقى بأن كان المبيع مما يضره التبعيض كان المشترى بالخيار بين أخذ الباقى بما يقابله من الثمن و بين فسخ العقد . ولولم يورث عيبا فى الاستحقاق بأن كان مما لا يضره التبعيض أخذ المشترى الباقى بما يقابله من الثمن ولا خيار له

(١) — استحقاق توابع المبيع :

توابع المبيع هى التى تدخل فى عقد البيع بالتبعية له أى بلا ذكر أصلا أو بذكر الحقوق والمرافق وهى كل ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار. أو كان كجزء من المبيع بحيث لا ينتفع بالمبيع الا به أو كان العرف يقضى بتبعيته المبيع . وقد تقدم مبحث مايدخل فى البيع تبعا ومالا يدخل

فاذا استحق شىء من هذه التوابع فلا يخلو الحال من أن يكون الاستحقاق بعد القبض أو قبله وان كان قبله فاما أن يجوز بيعه مستقلا أولا

فان كان الاستحقاق بعد القبض كان للمشترى حق الرجوع بما يقابل المستحق من الثمن سواء كان مما يجوز بيعه منفردا أولا . أو فسخ العقد والرجوع بكل الثمن

وان كان الاستحقاق قبل القبض ينظر. فان كان التابع مما يجوز بيعه مستقلا كالبناء والغراس فالحكم فى هذه الصورة كحكم الاستحقاق بعد القبض

وان كان التابع لايجوز بيعه مستقلا كحقوق الارتفاق فالمشترى بالخيار بين أخذ غير المستحق بكل الثمن وبين فسخ العقد. هذا اذا لم يذكر التابع فى العقد صراحة فان ذكر كان له حصة من الثمن على كل حال

(١٢) — حكم الزيادة فى العين المستحقة

اذا زاد المشترى شيئا فى العين التى اشتراها ينظر الى مازاده فان لم يكن له قيمة بعد نقضه كطلاء البناء بالجير أو نحوه أو كان لايمكن نقضه كما اذا حرث الارض وحفر أنهارها ومصارفها وسمدها فلا يرجع المشترى على بائعه الا بالثمن فقط. سواء كان يعلم وقت البيع أن البائع لايملك المبيع أولا

وان كان مازاده له قيمة بعد نقضه كالبناء والغراس وسلمه للبائع بعد الاستحقاق قائما أو مقلوعا بأمر المستحق رجع بالثمن وقيمة الزيادة قائمة وقت تسليمها للبائع أو وقت قلعها اذا كان لايعلم وقت الشراء أن المبيع غير مملوك لبائعه. فاذ كان يعلم ذلك، أو لم يسلم البناء والاشجار للبائع بل أخذها فلا يرجع الا بالثمن فقط واذا أخذها المستحق رجع المشتري بالثمن على البائع. وبقيمة الانقاض والاشجار على المستحق

هذا كله اذا كانت الزيادة غير متولدة فان كانت متولدة كما اذا اشترى شخص دابة فولدت ثم استحقت أخذ المستحق الدابة ونتاجها ورجع المشترى بالثمن وقيمة النتاج لتولده من ملكه

(رد المبيع بالعيب القديم)

كما أن البائع ضامن المبيع بثمنه اذا هلك قبل التسليم أو استحق فكذلك هو ضامن للمشترى سلامة المبيع من العيوب القديمة الخفية. والمراد بالقديمة ما كانت فى المبيع قبل التسليم . وبالخفية مالم يعلم بها المشترى قبل قبضه سواء كانت خفية بالفعل أو ظاهرة ولكنه لم يرها ويترتب على هذا الضمان مايأتى :

اذا ظهر فى المبيع عيب قديم وكان عقد البيع مطلقا أى لم يذكر فيه عيوب ولا براءة البائع منها أو ذكرت عيوب ليس هذا منها كان المشترى فى ذلك كله مخيرا بين أخذ المبيع بكل الثمن وبين فسخ العقد مادام الرد ممكنا فان تعذر فسيأتى بيانه فى الكلام على مايبطل خيار العيب . هذا اذا كان المبيع شيئا واحدا أى عينا معينة . أما اذا كان جملة أشياء بيعت بعقد واحدفوجد المشترى بعضها معيبا ينظر : فان كان ظهور العيب قبل قبض المبيع كان مخيراً بين أخذ كل المبيع بكل الثمن وبين فسخ العقد وليس له أن يأخذ السليم ويترك المعيب . وان كان ظهور العيب بعد القبض ينظر أيضا . فان كان فى تبعيضها ضرر خير المشترى بين رد الجميع وبين أخذه بكل الثمن . وان لم يكن فى تبعيضها ضرر رد المعيب فقط وأخذ السليم بما يقابله من الثمن وليس له أن يرد الجميع

واذا كان المبيع مكيلا أو موزونا وقبضه المشترى ثم ظهر فى بعضه عيب قديم ينظر : فان لم يكن فى وعاء أصلا أو كان كله فى وعاء واحد

كان بالخيار بين فسخ العقد ورد كل المبيع وبين أخذ الكل بكل الثمن. وان كان فى أوعية متعددة وما فى بعضها هو المعيب دون مافى البعض الآخر رد المشترى المعيب فقط وأخذ السليم بما يقابله من الثمن وليس له أن يرد الجميع الا برضا البائع

واذا وجد المشترى فى الحنطة أو الشعير أو غيرهما ترابا أو حصا أو ما أشبه ذلك مما يقلل القيمة فان كان ماوجده قليلا معتاداً فلا يعتبر عيبا ولا خيار له وان كان كثيرا عن المعتاد بحيث يعده التجار عيبا كان له خيار العيب

(مايبطل به خيار العيب)

يبطل خيار العيب بتعذر رد المبيع المعيب على بائعه . وللتعذر جملة أسباب . منها مالا يثبت معه للمشترى حق الرجوع على بائعه بنقصان العيب ومنها مايثبت معه ذلك . فالذى لايثبت له معه حق الرجوع بنقصان العيب ثلاثة وهى

أولا — اذا أحدث المشترى فى المبيع عيبا جديدا بعد علمه بالعيب القديم

ثانيا — اذا استهلك المبيع بعد علمه بما ذكر

ثالثا — اذا تصرف فى المبيع تصرفا يخرجه عن ملكه ببيع أو هبة أو نحوهما . أما اذا كان التصرف لايخرجه عن ملكه كأن أجره أو رهنه قبل علمه بالعيب فلا يبطل خياره بل له حق فسخ الاجارة لانها تنفسخ بالعذر وفك الرهن ورد المبيع على بائعه

والذى يثبت للمشترى حق الرجوع بنقصان العيب ثلاثة أيضا وهى :

أولا — اذا تعيب المبيع بعيب جديد لا يزول فى يد المشترى قبل رضاه به وبغير فعله بأن تعيب بآفة سماوية أو بفعل المبيع . ولكن اذا رضى به البائع معيبا كان له ذلك وليس المشتري حق الرجوع بالنقصان، واذا تعيب بفعل أجنبى رجع المشترى على البائع بنقصان العيب القديم وعلى الاجنبى بنقصان العيب الجديد

ثانيا — اذا هلك المبيع قبل رضاء المشترى به سواء هلك بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل أجنبى أما اذا أهلكه المشترى فلا رجوع له بشىء

ثالثا — اذا أحدث المشتري فى المبيع قبل علمه بالعيب القديم زيادة مانعة من الرد وهى الزيادة المتصلة غير المتولدة كالبناء والغراس والصبغ ولا فرق فى هذه الزيادة بين أن يكون المشتري قد أحدثها قبل القبض الحقيقى أو بعده . وأما الزيادة المنفصلة المتولدة كالنتاج فلا تمنع من الرد ان حصلت قبل القبض وتمنع منه ان حصلت بعده . وأما الزيادة المتصلة المتولدة كالسمن والثمار فلا تمنع من الرد مطلقا سواء زادت قبل القبض أو بعده

وكيفية الرجوع بنقصان العيب يتبع فيها ما ذكر فى الرجوع بفوات الوصف المرغوب فيه .

واذا ظهر أن المبيع المعيب لا ينتفع به أصلا اعتبر فى حكم المعدوم وبطل البيع واسترد المشترى الثمن ان كان أداه للبائع ولا يجب عليه أداؤه ان لم يكن أداه

(حكم الغبن والتغرير فى البيع)

قدأ بنا فى كتاب العقود والتصرفات على العموم كلا من الغبن الفاحش والغبن اليسير والتغرير القولى والفعلى . والآن نبين ما يترتب عليه من ثبوت الحق للمغبون أو المغرور فى فسخ البيع . وما يسقط به هذا الحق

فالذي يثبت به هذا الحق على أصح الأقوال هو الغبن الفاحش الناشىء عن تغرير فعلى أو قولى . والغبن اليسير الناشىء عن تغرير فعلى فقط

أما الغبن الفاحش بدون تغرير فلا يوجب الفسخ الا فى ثلاثة أشـياء . مال اليتيم . والوقف . وبيت المال . وأما الغبن اليسير بدون تغرير فعلى فلا يثبت به هذا الحق مطلقا

ويسقط حق الفسخ بما يأتى

أولا ـ بتصرف المشترى فى المبيع أو بعضه بعد علمه بالغبن أما قبل علمه فلا يسقط . وكذلك لا يسقط اذا كان المبيع مثليا وتصرف فيه المشترى فله أن يرد مثله ويرجع بالثمن

ثانيا ـ بموت المشتري دون البائع

ثالثا ـ بهلاك المبيع أو استهلاكه عند المشترى

رابعا ـ بتعيب المبيع عند المشترى بعيب جديد لا يرتفع فان كان العيب يرتفع فلا يسقط

خامسا ـ بالزيادة المتصلة غير المتولدة كالبناء والغراس والصبغ

ومتى سقط حق الفسخ يجب على المشترى أداء كل الثمن [1]

---

(١) ـــ المبيع قانونا ـــ أنظر ما يلى

المبيع قانونا

تكفل القانون ببيان مايختص بالمبيع فى فصلين من فصول كتاب البيع وهما « الفصل الثالث . فيما يباع » و « الفصل الرابع . فيما يترتب على البيع » الا أنا أرجأنا من الفصل الرابع مايختص بالثمن لنذكره عقب مبحث الثمن فى الشريعة الغراء

(الفصل الثامن - فيما يباع)

هـذا الفصل يشتمل على المواد (من ٢٥٩ الى ٢٦٥) ومباحثه هي :
(١) شروط المبيع (٢) أنواعه

(١) شروط المبيع قانونا

يشترط فى المبيع لصحة البيع قانونا ستة شروط وها هى ملخصة من شرح القانون (صفحتي ٢٢٩ و ٢٣٠)

أولا — أن يكون مما يجوز التعامل به قانونا . والاصل فى الجواز أن كل ماصح ملكه صح بيعه . والأشياء التي يجوز بيعها لاتحصى عددا وانما الذى لايجوز بيعه هو ما كان القانون لايبيح الاختصاص به أو حيازته أو الاتجار به

فالذى لايبيح القانون الاختصاص به : (١) العناصر التى لاغنى للكائنات الحية عنها كالنور والهواء والبحار (٢) المخصص من الاموال للمنافع العامة كالشوارع . والجسور . والقناطر . وغيرها مما سبق بيانه فى التعهدات والالتزامات

والذى لايبيح حيازته والاتجار به اما أن يكون لافساده الاخلاق كالتماثيل والصور التى تخل بالآداب وتسىء السمعة . واما أن يكون لاذهابه العقل واضراره الصحة كالنبات المعروف بالحشيش واما أن يكون للحرية الشخصية كمنع بيع ما يجلبه النخاسون من الآدميين للاتجار به

فأما (الحشيش) فقد منع بيعه وشراؤه . وزرعه . وحمله . وادخاره . وادخاله الى القطر المصرى بمقتضى الأمر العالى الصادر فى ١٠ مارس سنة ١٨٨٤ وجعل عقاب من يرتكب شيئا مما ذكر التغريم بمبلغ مائتى قرش مصرية عن كل آقة واذا عاد ضوعفت الغرامة الى ثمانمائة قرش وصودر مايوجد منه وما هو فيه من الاوعية والسفن وغيرهما مما استعمل لجلبه وان لم يدفع يحبس عن كل عشرين قرشا يوما بحيث لاتكون المدة أقل من أربع وعشرين ساعة ولا أكثر من ثلاثة أشهر والمشتركون فى ارتكاب شيء مما ذكر متضامنون فى الغرامة . ومع ذلك فان هذا النبات (الحشيش) لايزال استعماله شائعا بين الطبقات الدنيا فكثيرا ما نسمع ونقرأ أن الشرطة والعسس يطاردون متعاطيه وجالبيه والسبب فى ذلك أن العقوبات أخف مما يلزم لمحو مفسدة كهذه من أمهات المفاسد

وأما النخاسة فقد منعت بمقتضى الامرين العاليين الصادرين فى ٢١ يناير سنة ١٨٩٦ بناء على المادة الثانية من الوفاق المعقودين الحكومة المصرية . والحكومة الانجليزية . ولهذا الغرض تألفت (مصلحة منع تجارة الرقيق)

ولكون العقاب صارما والعناية تامة بتنفيذه على الخواص والعوام على السواء انقطع دابر النخاسة بالمرة بعد زمن وجيز من صدور الامرين المذكورين . ولكى يعلم الفرق بين عقوبة جريمتى

بيع (الحشيش) . وبيع الآدمي نذكر بعضا من عقاب هذا الاخير لتقارنه بما ذكر من عقاب الاول فتعلم أن وضع الندى فى موضع السيف مضر كما يضر العكس فلو شدد العقاب على بيع (الحشيش) كما شدد العقاب على النخاسة لما وجد له أثر من زمن بعيد فمن عقوبات النخاسة وبيع الآدمي ما يأتى :

نوع الجريمة	المدة من	المدة الى	نوع العقاب
(١) ادخال الآدمى الى القطر أو اخراجه منه للبيع	٥ سنين	١٥ سنة	أشغال شاقة
(٢) احراز الآدمى او ايداعه لاجل البيع	٣ «	٧ سنين	« «
(٣) بيع الآدمى للنخاس . أو شراؤه منه	٥ «	١٠ سنين	« « لكل من البائع والمشتر
(٤) البيع والشراء بين الافراد غير النخاسين	٦ أشهر	سنتين	«

(٥) البيع والشراء بين الاسرات غرامة من ٣٠ جنيه الى ٥٠ ومن ٣ أشهر الى سنة أو باحدى هاتين العقوبتين

وعسي أن توفق الحكومة والجمعيات الخيرية الى سرعة اتمام غرضها الشريف من قطع دابر الاتجار بالرقيق الابيض وغيره من الموبقات المفسدة للاخلاق

ثانيا — أن يكون الشيء الجائز بيعه موجودا . أو محتمل الوجود ومن هذا بيع السلم وبيع صغار الماشية المستقبلة أى التى ستولد وبيع التاجر سلعة لم تكن موجودة فى مخزنه وهكذا

ثالثا — أن يكون المبيع مملوكا للبائع وقت العقد . أو فى حكم المملوك له وهذا كالسلم وما بعده

ويترتب على ذلك أنه لا يصح لشخص أن يبيع نصيبه فى تركة

مورثه قبل موت هذا المورث (مادة ٢٦٣) ويظهر أن السبب فى المنع زيادة على ما ذكر أن البيع فى هذه الصورة مبني على سوء سلوك وفساد أخلاق غالبا . ولهذا جاز الانسان بيع ما لم يملكه ولا ما هو فى حكم المملوك له اذا كان من الجائز عادة أن يملكه كبيع التاجر بضاعة ليست عنده ولم يشترها بعد لان القصد بهذا البيع المنفعة المشروعة

أما بيع الفضولى فينعقد موقوفا على اجازة المالك فان أجازه نفذ والا بطل (مادة ٢٦٤) ثم ان كان المشترى سيء النية فشراؤه باطل وعليه تبعة جميع مايلحق المالك من الخسارة وله استرداد الثمن ان كان دفعه : وان كان حسن النية فله من الحقوق ما يأتى :

(١) — جميع ثمرة المبيع

(٢) — اكتساب الملكية باستمرار وضع يده على المبيع المدة القانونية

(٣) — استرداد الثمن ان كان دفعه . أو أخذ عوض عما أصابه من الضرر بخروج المبيع من يده (مادة ٢٦٥)

هذا كله اذا كانت العين التى باعها غير المالك معينة فان كانت مما يقدر بالكم كالمكيلات وغيرها مما يثبت دينا فى الذمة صح البيع ونفذ على البائع لانه لا يشترط أن يكون مالكا لهذه الانواع وقت العقد بل يشترط أن يكون مالكا لها وقت التسليم

وقد يكون البائع حسن النية بأن يكون وارثا باع شيئا وجده فى التركة باعتقاد أنه منها وفى هذه الحالة لا يسأل المشترى بأكثر مما ناله من الربح

وان كان البائع سيء النية جاز عقابه بصفته نصابا طبقا للمادة (٢٩٣ عقوبات)

رابعا ـ أن يكون المبيع معينا وتعيين كل شيء بحسبه : فالدار بموقعها ومشتملاتها وحدودها . و لارض بمقاسها و نوعها وحقلها ان كانت زراعية . والفرس ببيان صفاتها وسنها : وهكذا ـ وتعيين المقدرات يكون : بكيلها . أو وزنها . أو ذرعها . أو عدها . أما قبل ذلك فلا تتعين للمشترى بل تبقى فى ضمان البائع حتى اذا هلكت تهلك عليه (مادة ٢٤١)

خامسا ـ أن يكون المبيع متقوما أى قابلا لتقدير قيمته كالاموال المحرزة أما غيرها كالطير فى الهواء والسمك في البحر فلا يمكن تقويمه

سادسا ـ أن يكون المبيع مقدور التسليم وقت البيع فلو باع الحصان وكان قد مات فالبيع باطل لعدم القدرة على التسليم وقت البيع

فاذا استوفى المبيع هذه الشروط صح بيعه والا فلا

(٢) — أنواع المبيع قانونا

المبيع أنواع كثيرة لانه اما أن يكون عينا معينة بالذات كالدار والارض والحيوان . أو يكون معينا بالنوع كالمثليات أو حقا شائعا أومحدودا فىعين معينة

وكل هذه اما الا يكون لأحد عليها حق من الحقوق أو يكون لاحد حق عليها كالمرهونة والمؤجرة . واما أن يكون دينا على انسان . أو حقا مزعوما . أو تخارجا عن نصيبه فى تركة مورثه فى نظير عوض . (مادة ٢٦٢) . وعلى العموم فكل أنواع الموجودات يصح أن تكون مبيعا متى استوفت شرائط المبيع المذكورة

فالاعيان المعينة والمثليات التى لا حق لأحد عليها قد سبق بيانها فى أنواع البيع . وأما المشاع فيصح لصاحبه أن يبيع حصته فيه فان باع حصة غيره مع حصته صفقة واحدة يصح البيع فى حصة البائع ويبطل فى غيره ان لم يجزه مالكه ويكون المشترى حينئذ مخيراً بين أخذ الباقى بما يقابله من الثمن وبين فسخ العقد وان أجازه مالكه صح البيع فى الكل ولا خيار للمشترى

وأما بيع المرهون أو المؤجر فسيأتى بيانه فى الرهن والاجارة ـ وبيع الديون

هو عبارة عن الحوالة وسيأتى بيانها عقب كتاب الحوالة شرعا

وبيع الحقوق المزعومة هو بيع شخص ما يدعيه حقا له قبل شخص آخر ويقال للحق مزعوم اذا كان الخصام عليه معلقاً أمام القضاء وسيأتى بيانه عقب الحوالة

والتخارج هو بيع الوارث نصيبه جزافا . وسيأتى بيانه عقب بيع المزاعم

الفصل الرابع – فيما يترتب على البيع

يترتب على البيع اجمالا أربعة أمور وهى :

(١) انتقال الملكية (٢) تسليم المبيع (٣) ضمان المبيع . وهذان من واجبات البائع (٤) أداء الثمن . وهذا من واجبات المشترى . وسنتكلم الآن على الثلاثة الأولى لتعلقها بالمبيع . ونرجىء الكلام على الثمن الى ما بعد نظيره من أحكام الشريعة الغراء .

انتقال الملكية

(١)—انتقال الملكية بالنسبة للمتعاقدين

انتقال الملكية بالنسبة للمتعاقدين يختلف باختلاف المبيع وباختلاف صيغة العقد وبيان ذلك

(١) — اذا كان المبيع عينا معينة بالذات كمنزل . أو حانوت . انتقلت الملكية من البائع الى المشترى بمجرد حصول الايجاب والقبول ولو كان تسليمه مؤجلا فى عقد البيع . ومثل المشترى فى ذلك من يقوم مقامه قانونا من وارث أو دائن لا فرق فى ذلك بين أن يكون المبيع المعين بالذات عقارا أو منقولا أو حقا أيا كان مفرزا أو شائعا . ويترتب على ذلك أنه اذا أفلس البائع قبل تسليم المبيع فالمشترى أحق

به وله حق الاستيلاء عليه دون بقية الغرماء (مادتى ٢٦٦ و ٢٦٧)

(٢) — اذا كان المبيع معينا بالنوع فقط وهو المثليات (المكيلات : والموزونات والمذروعات . والعدديات المتقاربة) فلاتنتقل ملكيته الى المشترى الا بعد كيله أو وزنه أو ذرعه أو عده وتسليمه للمشترى . ويترتب على ذلك أنه يكون فى ضمان البائع قبل التسليم فاذا هلك يهلك عليه ويبطل البيع ويسترد المشترى الثمن

وأما بيع المثليات جزافا فتنتقل به الملكية من وقت العقد وسيأتى لذلك زيادة بيان فى تسليم المبيع

(٣) — اذا كان البيع على شرط التجربة كان نقل الملكية موقوفا على صحتها (مادة ٢٤٢)

(٤) — اذا كان البيع معلقا فسخه على حصول أمر معين انتقلت الملكية من وقت العقد . واذا كان معلقا حصوله على أمر ووقع اعتبر المشترى مالكا للمبيع من وقت العقد أيضا (مادة ٢٦٩)

(٢) — انتقال الملكية بالنسبة لغير المتعاقدين

لاتنتقل ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوى الفائدة فيه لا بتسجيل عقد البيع متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظ قانونا (مادة ٢٧٠) أما المنقول فان الملكية تنتقل فيه بالتسليم للقاعدة السابقة وهى (حيازة المنقول دليل ملكيته) وعلى من يدعى استحقاقها اقامة البرهان على ذلك

تسليم المبيع قانونا

تسليم المبيع أول واجبات البائع نحو المشترى وهو أهم هذه الواجبات لأنه هو الذى يتمكن به المشترى من الانتفاع بالمبيع والتمتع بثمراته . وتبتدىء المدة

اللازمة لاكتساب الملك بمضى المدة اذا كان المبيع غير مملوك للبائع . وتنتقل الملكية اذا كان المبيع من المقدرات الى غير ذلك مما يترتب على التسليم

ويشتمل هذا المبحث على جملة مباحث جزئية وهى (١) كفية التسليم (٢) مكانه (٣) زمانه (٤) مشتملاته وفى ذلك مايدخل فى البيع تبعا (٥) حق حبس المبيع لقبض الثمن (٦) مصاريف التسليم (٧) هلاك المبيع قبل التسليم

(١) — كيفية تسليم المبيع قانونا

التسليم هو تمكين المشترى من حيازة المبيع حقيقة أو حكما ويتم ذلك بوضع المبيع تحت تصرف المشترى مع علمه بذلك ولو لم يتسلمه فعلا (مادة ٢٧١)

وكيفية التسليم تختلف باختلاف أنواع المبيع كما يؤخذ من مادتي (٢٧٢و٢٧٣) وذلك أن العقار فى المبانى يسلم باعطاء المفتاح للمشترى . وفى الأرض باعطاء سند البيع مع ازالة الموانع من وضع اليد فيهما والا فلا يتم التسليم

ويسلم المنقول بالتعاطى يدا بيد ان كانت مما يمكن تسليمه بذلك والا فيتم بتسليم مفتاح المخزن الذى فيه المبيع الى المشترى . وتسلم الحقوق باعطاء سنداتها أو بأذن البائع للمشترى بالانتفاع بها

هذا كله اذا كان المبيع فى يد البائع فان كان فى يد المشترى وقت العقد بأي سبب كان فالتسليم هو مجرد ارادة للمتعاقدين حصوله والعقد يتضمن هذه الارادة (الشريعة الغراء لاتعتبر القبض الاول قائما مقام قبض الشراء الا اذا كان المبيع مضمونا على المشترى بنفسه بأن كان مغصوبا أو مقبوضا بعقد بيع فاسد. أما اذا كان المبيع غير مضمون على المشترى أصلا أو كان مضمونا بغيره كالرهن فلابد من قبض جديد لئلا يكون قد هلك قبل حصول عقد البيع)

واذا أخذ المشترى المبيع من نفسه بدون اذن البائع ينظر : فان كان قد دفع الثمن صح أخذه واعتبر قبضا وتبرأ ذمة البائع من تعهده به ولا يكون له حق استرداده . وان لم يكن قد دفع الثمن فالاخذ صحيح بالنسبة له فاذا هلك يهلك عليه

وباطل بالنسبة للبائع فيجوز له استرداده حتى يقبض ثمنه (مادة ٢٧٤) لكن اذا سلم البائع المبيع للمشترى قبل قبض الثمن فليس له استرداده لانه هو الذى اسقط حقه فى حبسه بل الذى له هو طلب فسخ العقد ان لم يقم المشترى بالوفاء (مادة ٢٨٠)

(٢) مكان التسليم

مكان التسليم هو المحل الذى يتفق عليه المتعاقدان فان تعذر نقله اليه أو ترتب عليه ضياع وقت وكان ذلك بفعل البائع وسوء نيته جاز للمشتري طلب الفسخ والتعويض (مادة ٢٧٦)

فان لم يتفق المتعاقدان على مكان معين فمكانه هو المحل الذى كان فيه المبيع وقت العقد (مادة ٢٧٥)

(هذا كله موافق لاحكام الشريعة الغراء)

(٣) زمان التسليم

زمان التسليم هو الوقت المتفق عليه بين المتعاقدين : فان لم يحصل اتفاق على وقت معين فعقب تمام العقد الا اذا اقتضى الحال وقتا فيتبع فيه العرف (مادة ٢٧٧)

وللمشترى طلب الفسخ اذا امتنع البائع عن التسليم بعد انذاره انذارا رسميا وله تكليفه بالتسليم واذا لحقه ضرر من هذا الامتناع جاز له تضمين البائع بشرط أن يكون التأخير بفعل البائع . فان لم يلحقه ضرر أو كان التأخير بغير فعله فلا ضمان (مادة ٢٧٨)

(٤) مشتملات التسليم

يجب أن يكون التسليم شاملا للمبيع ولجميع مايعد من ملحقاته الضرورية له حسب جنس المبيع وقصد المتعاقدين ويفسر القصد بما يقتضيه عرف البلد اذا كان العقد خاليا من بيان مشتملات المبيع مادتى (٢٨٥ و ٢٨٩) وقد نص القانون على مشتملات المبيع فى بعض الأحوال ومن ذلك .

(١) — بيع البستان يشمل مافيه من الأشجار المغروسة فيه دون الثمار الناضجة والشجيرات المعدة للنقل (مادة ٢٨٧)

(٢) — بيع الأرض الزراعية يشمل السواقى والقناطر ونحوها من المبانى الزراعية ويشمل الاشجار المغروسة فيها للبقاء ولا يشمل مبانى السكنى الا بالنص الصريح ولا الزرع فاذا سكت عنهما فهما للبائع (الشريعة الغراء تجعل البناء أيضا تابعا للارض كما علم مما يدخل فى البيع تبعا وما بقى موافق لها) (مادة ٢٨٨)

(٣) — بيع الدار يشمل جميع مافيها من المبانى وكل ما هو مثبت فيها على وجه القرار ولا يشمل المنقولات الا اذا كانت متصلة بالبناء اتصالا لاينفصل بغير تلف له (مادة ٢٨٩)

(٤) — اذا كان المبيع من المقدرات يجب على البائع أن يسلمه بمقداره المبين فى العقد كيلا أو وزنا أو ذرعا . أوعددا (مادة ٢٩٠)

فان وجد المبيع تاما كما هو مبين فى العقد صح البيع والتسليم وان وجد زائدا أو ناقصا اتبعت الاحكام الآتية وهى .

أولا — أن يكون المبيع من الاشياء التى يقوم بعضها مقام بعض وذكر فى العقد عدد آحاده وثمن الواحد منه كأن يقول بعتك هذا البر على أنه عشرون أردبا كل أردب بجنيه . وهذا العسل على أنه عشرة أرطال كل رطل بقرشين . وهذا الثوب من القماش على أنه ثلاثون ذراعا كل ذراع بثلاثة قروش : وهذا البيض على أنه مائة بيضة كل بيضة بملاليمين . ثم ظهر ناقصا عند التسليم فالمشترى بالخيار بين أخذ الباقى بحصته من الثمن وبين فسخ العقد . وان ظهر زائدا رد الزائد للبائع (مادة ٢٩١)

ثانيا — أن يكون المبيع كما ذكر ولكن مع بيان آحاده وثمن الجملة وهى كالصوة الاولى فى الحكم

ثالثا ـ أن يكون المبيع عدديا متفاوتا أو مثليا يضره التبعيض والمبين فى العقد عدد آحاده وثمن الواحد . فان ظهر مساويا فالبيع صحيح . وان ظهر زائدا أو ناقصا كان المشترى بالخيار فى الحالتين بين أن يأخذ الموجود بما يقابله من الثمن بحسب ما ظهر عند التسليم وبين فسخ العقد (مادة ٢٩٢)

رابعا ـ أن يكون المبيع كما فى الصورة الثانية ولـكن بين ثمن الجملة بدل ثمن الواحد . فان ظهر تاما فالبيع صحيح . وان ظهر زائداً أو ناقصا خير المشترى بين الأخذ بكل الثمن وبين فسخ العقد . لان العاقدين لما بينا جملة الثمن لحظا جواز النقص والزيادة

ولا يجوز على كل حال طلب فسخ البيع فى صورة من الصور الاربع المذكورة الا اذا كان الفرق زائداً على نصف عشر الثمن المسمى فى العقد (مادة ٢٩٣)

وفى كل موضع يجوز للمشترى فيه طلب نقص الثمن لنقص المبيع يجوز أيضا للبائع طلب تـكملة الثمن لزيادة المبيع

ومتى انفسخ البيع لسبب من الاسباب المتقدمة وجب على البائع رد ما أخذه من الثمن للمشترى . وأن يدفع أيضا ما صرفه المشترى من المصاريف القانونية وهى تشمل على الأخص رسوم الـكشف عن المبيـع ان كان عقاراً . وأجرة السمسار ومحرر العقد

ويسقط حق المشترى فى طلب الفسخ أو نقص الثمن . وحق البائع فى طلب تـكملته بالسكوت على ذلك سنة واحدة من تاريخ العقد (مادة ٢٩٦)

وقد لاحظ شارح القانون فى هامش صفحة (٢٣٩) على احتساب بداية السنة من تاريخ العقد بقوله « فى النص على بداية السنة من تاريخ العقد نظر اذ الخطأ لايعرف الا عند التسليم وقد يكون مؤجلا باتفاق العاقدين زمنا طويلا كثلاثة أشهر أو أ كثر ويكون الحـكم بالسقوط سارياً على صاحب الحق قبل وجوده » ثم دافع عن عبارة المادة بقوله « ولعل القانون لاحظ أن الغالب فى هذه

الاحوال بيع المفدرات المثلية والعادة تسليمها بغير آجال فساق النص على الغالب »

ويؤخذ من هذه الملاحظة أن المدة التى تسقط حق كل من المشترى والبائع تحسب من يوم التسليم وهو المعقول

(٥) — حق حبس المبيع لقبض الثمن

للبائع حق حبس المبيع حتى يقبض ثمنه الحال كله أو ما بقى منه ولو قليلا أو ما اشترط تعجيله ولو أعطى المشترى رهنا أو كفيلا . فان كان الثمن مؤجلا وجب التسليم فوراً (مادة — ٢٧٩)

واذا أعطى المشترى البائع تأمينا مقابل تأجيل الثمن ثم ضعف التأمين قبل حلول الأجل وتسليم المبيع فللبائع حق الحبس حتى يقبض الثمن أو يحضر المشترى كفيلا آخر .

واذا أعسر المشترى قبل دفع الثمن بحيث يتعذر عليه دفعه فان كان المبيع فى يد البائع فله حق حبسه . وان كان سلمه فله حق استرداده حتى يستوفى ثمنه أو يحضر المشترى كفيلا بالثمن (مادتى ٢٨١ و ٢٨٢) عملا بما هو مقرر فى قانون التجارة .

وملخص ما فى قانون التجارة بالنسبة لافلاس المشترى هو :

ان لم يكن البائع سلم البضاعة الى المفلس أو أرسلها اليه أو الى آخر على ذمة المفلس جاز له الامتناع عن تسليمها (مادة ٣٨٧ تجاره)

فان كان المبيع خرج من يد البائع لايجوز استرداده الا بالشروط الآتية :

أولا — ألا تكون البضاعة قد سلمت الى مخازن المفلس أو مخازن الوكيل بالعمولة المأمور من قبله ببيعها على ذمته

ثانيا — ألا يكون المفلس قد دفع الثمن كله أو جزءاً منه ولا حررت به منه

ورقة تجارية أو دخل الثمن فى الحساب الجارى بين المفلس والبائع (مادة ٣٨٣ تجارة)

ثالثا — ألا يكون المفلس باع البضاعة قبل وصولها الى مخزنه أو مخزن الوكيل بالعمولة بناء على قائمتها الدالة على ملكيته لها وتذكرة ارسالها أو تذكرة النقل متى كانت القائمة والتذكرة موقعتين من المرسل وكان هذا البيع بدون تدليس من المفلس (مادة ٣٨٤ تجارة)

فان كان المبيع أرسل الى شخص عينه المفلس وقت الشراء لوحظ حكم المادة السابقة فى اجازة الاسترداد (مادة ٣٨٥ تجارة)

اذا اجتمعت هذه الشروط جاز للبائع أن يسترد ما باع ممن أفلس بعد الشراء بشرط أن يرد النقود التى يكون أخذها على الحساب ويكون الرد الى (روكية) التفليسة (مادة ٣٨٦ تجارة)

ويجوز لوكلاء الدائنين مع اذن مأمور التفليسة أن يطلبوا تسليمهم المبيع بشرط أن يدفعوا للبائع ثمنه الذى كان متفقا عليه بينه وبين المفلس (مادة ٣٨٨ تجارة)

وكذلك يجوز لهم اجابة طلب الاسترداد بشرط تصديق مأمور التفليسة على ذلك فان تنازعوا فصلت المحكمة الابتدائية بينهم (مادة ٣٨٩ تجارة)

(٦) — مصاريف التسليم

مصاريف تسليم المبيع على البائع وهذه المصاريف هى التى تجعل المبيع صالحا لوضع يد المشترى عليه فى الزمان والمكان المعينين كأجرة نقله الى محل التسليم. وأجرة كيله ووزنه. ومقاسه اذا بيع مقدراً (مادة ٢٨٣) ومع ذلك اذا كانت المسألة تجارية وجب اتباع العرف التجاري فيما تقدم كله (مادة ٢٨٤)

(٧) — هلاك المبيع قبل التسليم

مما يترتب على عقد البيع ضمان البائع المبيع بثمنه حتى يسلمه الى المشترى فان هلك قبل التسليم فاما أن يكون الهلاك بتقصير البائع أو المشترى . أو بقوة قاهرة

فان كان بتقصير البائع وجب عليه رد الثمن للمشترى ودفع تعويض عما لحقه من الخسارة

وان كان بتقصير المشترى اعتبر هلاكه تسلما ولزمه دفع الثمن للبائع بأكمله (مادة ٢٩٩)

وان كان بقوة قاهرة ضمن البائع الثمن فقط دون التعويضات ولا يضمن البائع هلاك الشيء أو تلفه بقوة قاهرة اذا كان قد طلب من المشترى أن يقبض المبيع بمقتضى ورقة رسميه كالانذار أو ما يقوم مقامها كمكتوب مؤمن عليه فى البريد أو كان المشترى مكلفا بالتسلم بنص فى العقد (مادة ٢٩٧)
وأما حكم تعيب المبيع قبل التسليم فسيأتى بيانه فى (ضمان العيوب الخفية)

ضمان المبيع

هذا هو الواجب الثانى على البائع للمشترى وهو ثلاثة أنواع : (١) ضمان التعرض للمشترى (٢) ضمان استحقاق المبيع (٣) ضمان العيوب الخفية فى المبيع . واليك بيان كل

(١) — ضمان التعرض للمشترى

التعرض للمشترى فى البيع نوعان : تعرض قانونى . وتعرض غير قانونى .
فالأول هو ما صدر ممن له حق ثابت على المبيع قبل البيع كان المشترى يجهله

كحق ارتفاق مستتر . أو ايجار ثابت التاريخ . أو رهن كذلك . أو ما أشبه ذلك مما يصح الاحتجاج به قانونا على الغير . أو صدر ممن له حق ثابت من البائع بعد البيع ولكن سجل صاحبه سنده قبل أن يسجل المشترى عقده

والثانى هو ما صدر ممن لا حق له على المبيع مطلقا ويسمى تعديا

وضمان البائع قاصر على التعرض القانونى دون التعدى ولا يشترط فى هذا الضمان أن يكون مذكوراً بنص مخصوص فى العقد (مادة ٣٠٠) . وانما لم يضمن البائع التعدى لأن دفعه ميسور للمشترى وليس للبائع جناية فيه . لكن اذا كان المتعدى هو البائع أوخذ على تعديه . فمن الاصول أن من وجب عليه الضمان حرم عليه التعرض

واذا حصل التعرض القانونى فللمشترى فى تضمين البائع طريقان :

أحدهما أن يدخل البائع ضامنا له ضد المتعرض فى الدعوى وتكون نتيجة الخصومة على البائع حتما اذا قضى باستحقاق المبيع للمتعرض

وثانيهما ألا يدخله بل يدافع وحده فان خسر الدعوى رجع على البائع بالضمان . ولكن اذا خسر الدعوى بسوء دفاعه أو قدم البائع من الأدلة على عدم جواز التعرض ما لو ظهر أمام المحكمة لقضت لصالح المشترى فلا يرجع على البائع بشيء لأنه مقصر من وجهين : سوء الدفاع . وعدم ادخال البائع ضامنا فى الدعوى

(٢) — ضمان استحقاق المبيع

هذا الضمان يسمى ضمان الدرك وهو أهم مايقتضيه العقد ويثبت على البائع بدون اشتراط كما ذكر فى ضمان التعرض (مادة ٣٠٠) ويمكن تعديل هذا الضمان الضمنى باشتراطات خصوصية صريحة فى العقد . والفرق بين ضمان التعرض وضمان الدرك أن الأول يكون بدعوى حق غير الملكية . والثانى يكون بدعوى الملكية

والاستحقاق اما أن يكون فى كل المبيع أو فى بعضه

فان كان الاستحقاق فى كل المبيع بحق ثابت قبل البيع أو بعده بفعل البائع

بأن سجل المستحق قبل المشترى انفسخ البيع وضمن البائع للمشترى الثمن والتعويض حتما حسب التفصيل السابق فى ضمان التعرض

وان كان الاستحقاق فى بعض المبيع ينظر : فان كان الباقى صار بحالة بحيث لو علمها المشترى قبل العقد لامتنع عن الشراء فهو فى الحكم كاستحقاق الكل . سواء كان البعض المستحق معينا فى المبيع . أو شائعا فيه . ومثل ذلك تماما اذا ثبت على المبيع حق ارتفاق (مادة ٣١٠)

ولكن يجوز للمشترى أن يأخذ الباقى بما يقابله من الثمن ويسترد قيمة الجزء المستحق وقت انتزاعه منه وأن يطلب تعويضا مقابل حق الارتفاق تقدره المحكمة (مادتى ٣١١و ٣١٢)وان كان الجزء المستحق صغيراً أو كان حق الارتفاق غير ضار بالمشتر ولا معطل لحرية تصرفه بحيث لو علم قبل العقد لما امتنع عن الشراء فلا حق له فى الفسخ وانما يكون له الحق فى التعويض فقط

واذا رتب المشترى على المبيع المستحق بعضه حقوقا للغير كأن رهنه فلا يجوز له أن يطلب فسخ البيع لأن فسخه يسقط رهونهم تبعا لسقوط حق الملك منه

واذا ثبت للمشترى حق تضمين البائع الثمن فله الرجوع بما دفعه ولو نقصت قيمة المبيع بأى سبب كان والتعويضات التى يستحقها تتكون مما يأتى :

(١) — رسوم العقد وما يتبعه من المصاريف
(٢) — ماصرفه المشترى على المبيع لحفظه واصلاحه وتحسينه
(٣) — رسوم دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان وما يتبعهما
(٤) — ماخسره المدعي باستحقاق المبيع
(٥) — ماحرم منه بسبب ذلك من الربح المعقول المقبول قانونا
(٦) — مازاد فى قيمة المبيع عن ثمنه سواء كانت الزيادة من فعل المشترى أو من مجرد مرور الزمن ويلاحظ هنا عدم الجمع بين مصاريف التحسين وزيادة القيمة

واذا كسب المدعى الاستحقاق دعواه ولكنه لم يلزم بالمصاريف التى ادعى المشترى صرفها فى تحسين العقار فلا يلزم البائع منها الا بما يترتب عليه فائدة

للمبيع لأن عدم الحكم بها على مدعى الاستحقاق قد يكون قرينة على عدم لزومها فوجب تحقيق المنفعة

واذا كان البائع مدلسا فى استحقاق المبيع ألزم بجميع المصاريف التى صرفت فى زينة المبيع وزخرفته

شرط عدم ضمان الاستحقاق

يستفاد حكم اشتراط البائع عدم ضمان المبيع عند الاستحقاق من المواد (٣٠١ و٣٠٢ و ٣٠٣) وهو أنه اذا اشترط البائع عدم الضمان فاما أن يكون نص الشرط عاما أو صريحا وعلى كل فاما أن يعلم المشترى وقت العقد ان المبيع مستحق للغير أو لا يعلم

فان كان النص عاما بأن كان هكذا مثلا (بدون ضمان على البائع) فسواء كان المشترى يعلم وقت العقد أن المبيع مستحق للغير أولا يعلم لا يترتب عليه حرمان المشترى من حق فسخ العقد واسترداد الثمن وانما الذى يترتب عليه هو سقوط التعويضات عن البائع فلا يلزم بها : وان كان النص صريحا معينا للغرض سقط الضمان بأكمله ان كان المشترى يعلم وقت العقد بالاستحقاق . فان كان لا يعلم به بطل شرط عدم الضمان اذا كان الاستحقاق تسبب عن فعل البائع وكان للمشترى الثمن والتعويضات

ضمان عيوب المبيع الخفية

هذا المبحث مبين فى القانون بالمواد (من ٣١٣ الى ٣٢٧) وهو نظير خيار العيب فى الشريعة الغراء ويشمل : (١) تعريف العيب (٢) شروط ضمان العيوب (٣) سقوط ضمان العيوب

(١) — تعريف العيب

العيب قانونا كما يؤخذ من (مادة ٣١٣) ماينقص القيمة التي اعتبرها المشترى أويجعل المبيع غير صالح لاستعماله فيما أعد له: ويؤخذ منها أيضا أن الاصل فى الاشياء السلامة من العيوب فاذا جاء العقد مطلقا أى غير مقيد بشروط وجب أن يكون المبيع سليما من العيوب الخفية بدليل ماجاء فى أول المادة المذكورة من أن (البائع ضامن للمشترى العيوب الخفية فى المبيع) وهذا الضمان مقيد بشروط يعلم مما يلى

(٢) — شروط ضمان العيوب

يشترط لضمان البائع عيوب المبيع للمشترى مايأتى

(١) — أن يكون العيب خفيا كما يؤخذ من عنوان هذا المبحث فلو كان ظاهرا ولو لم يره المشترى فلا ضمان على البائع لان المشترى هو المقصر وكما يكون العيب الخفى فى المنقول يكون فى العقار كتسويس خشب السقف

(٢) — أن يكون العيب مما ينقص القيمة . أو يجعل المبيع غير صالح للاستعمال حسبما ذكر فى التعريف . والمراد بنقص القيمة النقص البين فان كان يسيرا لايتجاوز نصف عشر الثمن فليس للمشترى الا طلب نقص الثمن : والمراد بعدم صلاحيته للاستعمال مايشمل نقص منفعته . أو انعدامها

(٣) — أن يكون العيب معلوما للمشترى وقت العقد لا نه لا يضمن العيب الظاهر ولم لو يره المشتري فلا يضمن ماعلمه بالأولى

(٤) — أن يكون العيب قديما . وهو ما كان موجودا فى المبيع وقت العقد ان كان عينا معينة وقبل التسليم ان كان من المقدرات

(٥) — أن يكون البيع اختياريا فلو كان جبريا فلا ضمان على البائع

فاذا توفرت هذه الشروط جاز للمشترى فسخ العقد . أو نقص الثمن .

ثم ان كان البائع يجهل العيب فليس للمشترى الا أن يأخذ المبيع بكل الثمن أو يفسخ العقد. وليس له طلب انقاص الثمن لأن البائع سليم النية وقد تكون مصلحته فى استرداد المبيع فلا يجوز للمشترى حرمانه منها الا بأخذه بالثمن المتفق عليه

وان كان المبيع متعدد الآحاد بيع صفقة واحدة وكان من الاعيان المعينة كالأفراس وقدر الثمن باعتبار مجموعها ثم ظهر فى بعضها عيب قديم قبل التسليم كان المشترى مخيرا بين أخذ الكل بكل الثمن المسمى وبين فسخ العقد فى الجميع ولا يجوز أخذ السليم بما يقابله من الثمن وترك المعيب حتى لا يتضرر البائع بذلك فان ظهر العيب بعد التسليم ينظر . فان كان فى التبعيض ضرر على البائع كما اذا كان المبيع فرسين متشابهين يزيد ثمنهما بتشابههما فالحكم كما ذكر . وان لم يكن فى التبعيض ضرر جاز للمشترى فسخ البيع فى الاشياء المعيبة وأخذ بما يقابلها من الثمن أو ترك الجميع

وكيفية تقدير الثمن للمعيب هو : أن يقدر له ثمن باعتباره سليما . وآخر باعتباره معيبا ويؤخذ متوسط الثمنين ويقرن المتوسط بالثمن الذى وقع به البيع والفرق بينهما يكون هو مقدار مايجب نقصه من الثمن

ويشمل الضمان بسبب العيب الخفى ماشمله ضمان الدرك السابق بيانه فى المسائل المدنية . أما فى التجارة فيتبع فى العيب عرف التجارة

واذا هلك المبيع بسبب العيب الخفى فهلاكه على البائع ويجب عليه رد الثمن والتعويض ان كان عالما بالعيب . أو رد الثمن وحده ان كان يجهله .

سقوط ضمان العيب

يسقط ضمان العيب فى ثلاثة أحوال كما يؤخذ من المواد (٣٢١ و ٣٢٤ و ٣٢٥) وهى :

(١) — اذا اشترط عدم الضمان فى العقد

(٢) — اذا لم يقدم المشترى دعوى الضمان فى ثمانية أيام من وقت العلم بالعيب ويثبت العيب بكافة طرق الاثبات ومنها البينة

(٣) — اذا تصرف المشترى فى المبيع أى تصرف كان بعد علمه بالعيب كأن انتفع به أو باعه أو آجره

« الكلام على الثمن »

هذا شروع فى بيان واجبات المشترى وما يلتحق بها نحو البائع بعد اتمام الكلام على واجبات البائع نحوه

والكلام على الثمن يشتمل على : تعريفه ، والفرق بينه، وبين القيمة وما يصلح أن يكون ثمنا ، وشروطه ، وأقسامه ، وحكم البيع اذا كسدت النقود أو انقطعت أو غلت أو رخصت ، واعتبار الثمن فى مكان العقد وزمانه لا فى مكان الايفاء وزمانه ، ومكان الاداء ، وزمانه ، وكيفيته ، والتصرف فى الثمن قبل قبضه ، والزيادة عليه أو الحط منه بعد العقد ، ومتى يتعين الثمن النقدى بالتعيين : وخيار النقد واليك بيان كل

تعريف الثمن والفرق بينه وبين القيمة

الثمن هو ماجعل بدلا للمبيع بتراضى المتعاقدين سواء كان مساويا لقيمته الحقيقية أو أكثر منها أو أقل

والقيمة هى ما تكون للشئ بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان ويرجع فى تقديرها الى أهل الخبرة

ما يصلح أن يكون ثمنا

القاعدة العامة فى ذلك (أن كل ما صلح أن يكون دينا فى الذمة صلح أن يكون ثمنا . وغيره لايصلح) والذى يصلح لأن يكون دينا فى الذمة هو المثليات على العموم . ولكن اذا أطلق الثمن ينصرف الى النقود وهى ماضرب من الذهب والفضة . والى ما يلحق بها مما ضرب من غيرها فلو وكل زيد شخصا فى بيع حصانه ولم يبين نوع ما يبيع به وجب أن يبيعه بالنقود أو مايلحق بها . وقد سبق بيان هذا المبحث فى (الفرق بين المبيع والثمن)

شروط الثمن

يشترط فى الثمن لصحة عقد البيع ما يأتى :

أولا ـ أن يكون مالا . فان لم يكن كذلك أصلا بأن كان مثليا تعفن واعتراه الفساد حتى صار لا ينتفع به مطلقا بطل البيع

ثانيا ـ أن يكون متقوما . فان كان غير متقوم كالخمر فسد البيع ومن ذلك يعلم أن التقوم فى الثمن شرط صحة . وفى المبيع شرط انعقاد . وهذا من جملة الفروق بين المبيعات والأثمان

ثالثا ـ أن يكون مسمى حين العقد اذا كان البيع بغير التعاطى فان لم يسم فلا يخلو الحال من أن ينص على نفيه أو يسكت عنه . فان كان الأول بطل البيع . وان كان الثانى فسد . والسبب فى ذلك

أن النص على نفى الثمن يبطل المبادلة المالية التى هى حقيقة البيع قصدا . وأما السكوت فانه لايفيد قصد ابطال المبادلة نصا بل كما يحتمل ذلك يحتمل أن يكون اسهو عن بيانه فلا يصح اعتباره باطلا ولا صحيحا لان القول بواحد منهما ترجيح لاحد الاحتمالين المذكورين بلا مرجح فيعتبر فاسدا . واذا سمى الثمن فى المجلس ففى صورة السكوت ينقلب العقد صحيحا لارتفاع المفسد قبل تقرره . وفى صورة النص على نفيه لاينقلب صحيحا لان الباطل لايصحح

رابعا ـ أن يكون معلوما لكل من المتعاقدين علما تاما نافيا للجهالة الفاحشة المؤدية الى النزاع . وعلمه ان كان حاضرا فى مجلس العقد يكون بالاشارة اليه ليشاهده المشترى كأن تقول اشتريت حصانك بهذه الجنيهات . أو بهذا القمح . أو القطن . أو نحو ذلك ومتى قبل المشترى صح العقد

وان كان غائبا يكون علمه ببيان نوعه وقدره وأوصافه المميزة له عن غيره تمييزاً تاما كأن تقول بعتك هذا الحصان بثلاثين جنيها مصريا . أو بعشرين أردبا من القمح الصعيدى الجيد الخالى من الشعير والتراب . أو بخمسة قناطير من القطن العفيفى الجيد زراعة جهة كذا سنة كذا فمتى قبل المشترى صح العقد . وقس على هذه الامثلة غيرها

واذا كان الثمن من النقود : فان كانت نوعا واحدا يكفى فى العلم به بيان قدره . وان كانت متعددة فان اتحدت مالية ورواجا وهو غير معروف فى البلاد المصرية الآن . أو اختلفت فيهما كجنيه مصرى وجنيه انجليزي . أو اتحدت مالية واختلفت رواجا وهو غير معروف أيضا .

يكفي أيضا بيان قدره وينصرف في الصورتين الاخيرتين الى غالب نقد البلد. وفي الصورة الاولى، يؤدى المشترى مايريد ولو جبرا على البائع. وأما اذا اختلفت مالية واتحدت رواجا فلا يكفي في العلم به بيان قدره بل لابد من بيان أوصافه التي تميزه عن غيره فان لم تبين فسد العقد

خامسا ـ بيان الاجل في البيع بثمن مؤجل . وأوقات الاداء . ومقدار مايؤدى في البيع بثمن منجم وسيأتي تفصيل ذلك

سادسا ـ تسليمه في مجلس العقد في صرف وسلم فلو لم يسلم فيه فسد البيع في كل منهما

أقسام الثمن

ينقسم الثمن الى ثلاثة اقسام : حال . ومؤجل . ومنجم

فالحال مايجب اداؤه عقب العقد : وتكون الثمن حالا (١) اذا نص على تعجيله في العقد (٢) اذا كان البيع مطلقا أى لم يذكر فيه تعجيل ولا تأجيل . ولا تنجيم . الا اذا كان العرف يقضي بخلاف ذلك فيتبع ما جرى به من تأجيل أو تنجيم

والمؤجل ما يتأخر وجوب أدائه زمنا ما . ولا يكون ذلك الا بالنص عليه في العقد أو بعده الا اذا كان العرف يقضي بخلاف ذلك فيتبع

والاجل مشروع على خلاف القياس بقوله تعالى (يأيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) وبالاحاديث النبوية . وبالاجماع . دفعا للحرج وتسهيلا على الناس في المعاملات . وانما

كانت شرعيته على خلاف القياس لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط
ويشترط فى الثمن لصحة التأجيل ثلاثة شروط

أولا — أن يكون مما يثبت دينا فى الذمة كالنقود والمثليات غير المعينة فى العقد فلا يصح تأجيله اذا كان مثليا متعينا فى العقد بالاشارة اليه . أو كان قيميا بأن كان البيع مقايضة لأن الثمن حينئذ يعتبر مبيعا من وجه والمبيع لايصح تأجيل تسليمه

ثانيا — ألا يكون بدل صرف ولا ثمنا لمسلم فيه فان كان كذلك فلايصح التأجيل كما ذكر فى شروط صحة البيع

ثالثا — ألا يكون مكيلا أو موزونا مقابلا بمكيل أو موزون من جنسه أو من غير جنسه لما ذكر

ويشترط فى الاجل لصحة العقد أن يكون معلوما لكل من المتعاقدين علما نافيا للجهالة الفاحشة كشهر أو سنة أو أكثر من ذلك أو أقل ويصح الاجل الى شىء يحصل دوريا أى فى ميعاد معين لايتفاوت تفاوتا يعتد به كالحصاد وفيضان النيل . أما اذا كان الاجل الى شىء مجهول الزمن كالمطر أو لايعلم ان كان يحصل أو لايحصل كالقدوم من السفر . وشفاء المريض فلايصح بل يفسد العقد

ومدة الاجل تبتدىء من وقت تسليم المبيع ان كانت منكرة أى ليس لمبدئها أو نهايتها تاريخ معين كأن يقول الى شهر أو سنة ليحصل للمشترى فائدة التأجيل وهو الانتفاع بالمبيع فى مدة الاجل . فان تأخر البائع عن تسليم المبيع طول المدة المذكورة لسبب فللمشترى أجل مدة

غيرها بعد التسلم . اما اذا كان عـدم التسلم بسبب امتناع المشترى احتسبت المدة من وقت الامتناع دفعا للضرر عن البائع

وان كانت المدة معرفة أى لمبدئها أولنهايتها تاريخ معلوم كأن يقول بعتك حصانى بمائة جنيه مؤجلة الى شهر يبتدىء من يوم كذا أو ينتهى بيوم كذا أو الى عيد الفطر المقبل أو نحو ذلك فمتى حل الاجل وجب أداء الثمن سواء قبض المشترى المبيع أولا وسواء كان المتسبب فى عدم القبض هو البائع أو هو المشترى لان المدة متى تعينت فليس له غيرها

وقيل اذا لم يبين المتعاقدان المدة فى العقد بل سكتا عنها صح العقد وانصرف الاجـل الى شهر لانه الحـد الفاصل بين الزمن الطويل والزمن القصير

ويحل الاجل بأحد شيئين :

أولا — انتهاء المدة

الثانى — موت المشترى لان الاجل صفة للدين ولا دين على الوارث فلا يثبت الاجل فى حقه . ولا وجه أيضا لثبوته للميت لان الدين سقط عنه بالموت . ولا لثبوته فى المال لانه عين والاعيان لاتقبل التأجيل . ولايحل الاجل بموت البائع بل ينتقل لورثته بالحالة التى كان عليها للمورث اذ لا يرث شخص أكثر مما كان لمورثه وقد كان الدين عليه مؤجلا فينتقل للوارث كذلك

ومن ذلك يعلم أن حقوق المورث قبل الغير تنتقل لوارثه كما هى . ولكن واجباته لاتنتقل على وارثه بل تؤدى فى الحال من التركة .

وليس للوارث من الحقوق الا مايبقى منها بعد أداء الواجبات

والمنجم هو ما اشترط أداؤه أجزاء معلومة فى أوقات محدودة واذا اشترط البائع أنه اذا تأخر المشترى عن دفع أى نجم تحل بقية النجوم صح الشرط ووجب العمل به . وان لم يشترط ذلك وتأخر فى أداء نجم عن وقته فلا تحل بقية النجوم

« حكم البيع »

« اذا كسد الثمن النقدى أو انقطع أو غلا أو رخص قبل أدائه »

كساد النقود عبارة عن بطلان التعامل بها . وانقطاعها عبارة عن عدم تداولها فى الاسواق وان وجدت فى أيدى الصيارفة وفى البيوت

وحكم البيع الذى حصل بأحد النقدين وقت رواجه مؤجلا الى سنة مثلا ثم كسد أو انقطع فى مدة الاجل أنه لايبطل بكساده أو انقطاعه لان النقود خلقت أثمانا فترك المعاملة بها لايبطل ثمنيتها . وانما يجب دفع قيمة الثمن الكاسد أو المنقطع ان كان فضة من الذهب الذى بقى التعامل به رائجا من يوم العقد الى يوم حلول الاجل . وان كان الثمن ذهبا وجب دفع قيمته من الفضه . والسبب فى ذلك أنه لايصح أن يحكم على المشترى بدفعها مما كسد لمنع ولى الامر من التعامل به . أو مما انقطع لعدم وجوده . ولا من نظيره من النقد الرائج لان كساده عيب فيه اذ النقود الرائجة تُقَوَّم بأكثر من غيرها . فالعشرون الكاسدَةَ تساوى من الرائجة عشرة مثلا ولو ألزمنا المشترى بدفع القيمة من نظيره وهو

نظيره وهو العشرة الرائجة كان ذلك من باب الالزام بالمحرم شرعا لان النقدين من الاموال الربوية التي يشترط في صحة بيعها بجنسها التقابض والتساوي بقطع النظر عن الجودة والرداءة لان جيد مال الربا ورديئه سواء ولو ألزمناه بأداء مثلها من الرائجة يتضرر المشتري لالزامه بأحسن مما التزم به ولا لزوم بدون التزام . فتعين الزامه بقيمتها من النقد الآخر فضة أو ذهبا

هذا كله اذا كان الثمن من النقود الخالصة أو التي لم يغلب غشها فان كان من النقود التي غلب غشها أو من الفلوس الرائجة ثم كسدت أو انقطعت في مدة الأجل فقال الامام الاعظم يبطل البيع ويجب على المشتري رد المبيع ان كان موجودا وقيمته أو مثله ان كان قد هلك أو استهلك ودليله : أن النقود الزائفة أي التي غلب غشها ، والفلوس ، انما جعلت ثمنا بالاصطلاح فاذا ترك الناس المعاملة بها بطل الاصطلاح فلم تبق ثمنا فبقي العقد بلا ثمن فبطل . وقال الصاحبان لم يبطل البيع لان المتعذر هو تسليم الثمن المسمى بعد الكساد وذلك لا يوجب بطلان العقد لاحتمال زوال هذا الوصف بعودة رواجها فثمنيتها باقية حكما ولكن لعدم تضرر البائع بانتظار رواجها يجب دفع قيمة الثمن . ومع اتفاقهما فيما ذكر قد اختلفا في وقت تقدير القيمه : فقال أبو يوسف تجب قيمته يوم البيع . وقال محمد يوم الكساد . وكلا القولين صحيح فيرجح القاضي مايرى فيه المصلحة

واذا غلت قيمة النقود الزائفة أو رخصت في مدة الاجل فلا يبطل

البيع باتفاق ولـكن الامام الاعظم يقول بأنه لا يجب على المشترى غيرها . وأبا يوسف يقول عليه قيمتها يوم البيع من النقود الرائجة وعليه الفتوى واذن فحكم النقود الزائفة والفلوس اذا كسدت أو انقطعت أو غلت أو رخصت واحد عند أبي يوسف وهو عدم بطلان البيع ووجوب قيمة الثمن يوم العقد

واذا اشترى شخص شيئا بقدر معين من القروش كان له أن يؤدي الثمن من أى نوع شاء من النقود الرائجة وليس للبائع أن يطلب نوعا مخصوصا منها لجريان العرف بأن ذكر القروش انما هو لبيان مقدار الثمن لا نوعه

اعتبار الثمن فى مكان العقد وزمانه
لا فى مكان الايفاء وزمانه

اذا اختلفت قيمة الثمن المسمى فى مكان الايفاء أو زمانه عن مكان العقد أو زمانه أعتبرت القيمة فى هذين الاخيرين لانها هى التى حصل عليها تراضى العاقدين ولان القيمة فى الاولين كانت مجهولة وقت العقد فلا يصح اعتبارها . حتى لو باع بثمن مؤجل الى سنة مثلا وشرط فى العقد أن يعطيه المشترى الثمن من أى نقد يكون رائجا يوم حلول الاجل فسد البيع لجهالة الثمن جهالة فاحشة مؤدية الى النزاع

مكان أداء الثمن

مكان أداء الثمن يختلف باختلاف حاله وذلك أنه اما أن يكون

له حمل ومؤنة أولا وعلى كل فاما أن يتفق المتعاقدان على مكان مخصوص يؤدى فيه أولا

فان كان له حمل ومؤونة واشترط العاقدان أداءه فى مكان معين صح الشرط ووجب العمل به . وان لم يشترط فمكان أدائه هو المحل الذى كان فيه وقت العقد وان كان المشترى لايعلم بهذا المكان وقتئذ كان مخيرا بين الاخذ والترك كما فى المبيع

وان لم يكن له حمل ولامؤنة جاز أداؤه فى أى محل يتيسر فيه الاداء سواء اشترط مكانا معينا للايفاء أو لا لان الشرط هنا يلغو ويصح العقد

زمان أداء الثمن

زمان أداء الثمن يكون عقب العقد : (١) فى بيع المقايضة لان التأجيل فيه لايصح (٢) فى بيع سلعة بنقود اذا اشترط تعجيل الثمن أو كان العقد مطلقا الا اذا جرى العرف على خلاف ذلك . ومثل النقود الفلوس الرائجة والمثليات

ويكون عند انتهاء مدة الاجل اذا كان الثمن مؤجلا . وعند حلول موعد النجم فى الثمن المنجم

ولا يجوز للمشترى تأخير أداء الثمن الواجب الاداء الا اذا استحق المبيع بغير اقراره وحكم القاضى بالفسخ قبل أداء الثمن

ولا يفسخ العقد بتأخر المشترى عن الايفاء بل يباع من متاعه بقدر مايفى بالدين حسب التفصيل المذكور فى نزع الملك

ومتى حل الاجل لايجوز للقاضى امهال المشترى الا عند ثبوت اعساره وعدم قدرته على الاداء فيحكم بالانتظار الى الميسرة

كيفية أداء الثمن

كيفية أداء الثمن عبارة عن تمكين البائع من الاستيلاء عليه حقيقة بالمناولة أو حكما بالتخلية وازالة الموانع حتى لايعوق البائع عائق عن قبضه فان كان فى صندوق مثلا وأعطى المشترى المفتاح للبائع وأذنه بقبضه ولم يكن هناك مايمنعه منه اعتبر هذا أداء

حكم التصرف فى الثمن قبل قبضه

الثمن اما أن يكون موجودا فى مجلس العقد أو لا وعلى كل فاما أن يكون التصرف فيه لمن هو عليه أو لغيره

فان كان الثمن موجودا فى مجلس العقد صح للبائع التصرف فيه قبل قبضه بسائر التصرفات الشرعية سواء كان بتمليكه للمشترى أو لغيره بعوض أو بغير عوض لانتفاء الضرر بوجوده فى المجلس

وان كان غير موجود : فان كان التصرف من البائع للمشترى صح أيضا بسائر وجوه التصرفات . وان كان لغير المشترى فلايصح الا بثلاثة عقود : الحوالة . والهبة والوصية . هذا فى غير الصرف والسلم أما فيهما فلا بد من قبضه لأنه حق الشرع

الزيادة على الثمن والحط منه

يجوز للمشترى أن يزيد على الثمن المسمى فى العقد واذا قبل البائع الزيادة فى المجلس التحقت بأصل العقد وصار المجموع هو الثمن فى حق المتعاقدين لا فى حق غيرهما فلا تسرى على الشفيع . ويجوز للبائع

أن يحط عن المشترى بعض الثمن أو كله . فان حط البعض التحق بأصل العقد وصار جميع المبيع مقابلا للباقى من الثمن ويسرى هذا الحط على المتعاقدين وغيرهما فيأخذ الشفيع بما بقى بعد الحط . وان حط الكل لايلتحق بأصل العقد فللشفيع أن يأخذ بكل الثمن أو يترك

مايتعين من الثمن النقدى بالتعيين وما لا يتعين

الثمن النقدى لايتعين بالتعيين فى البيع الصحيح فلو باع شخص شيئا بمائة جنيه مشار اليها بيعا صحيحا وقبل المشترى صح العقد ولكن لايلزم أداء الجنيهات المشار اليها بل يجوز أداء غيرها من نوعها ويجبر البائع على قبولها لأنه لاضرر عليه فى ذلك . واذا فسخ العقد بأى سبب كان جاز للبائع أن يرد مثل ما أخذ لاعينه ولو كان موجودا لأنه لاضرر على المشترى فى ذلك

ويتعين فى البيع الباطل والفاسد على الاصح فيجب على المشترى رد عين ما أخذه ان كان قائما لانه مال محرم استعماله شرعا فلا يصح استيفاؤه ورد غيره أما اذا هلك فيرد مثله لتعذر رد عينه بالهلاك

وربح المشترى فى المبيع بعقد باطل أو فاسد لايطيب له . وأما ربح البائع من الثمن فانه يطيب له . والسبب فى ذلك أن المبيع مما يتعين بالتعيين فيتمكن الخبث فيه والعقد الثانى يتعلق بعينه . وأن الثمن النقدى فى البيع الفاسد لايتعلق العقد الثانى الصحيح به لانه لا يتعين بالتعيين فيه فلم يتمكن الخبث فيطيب مايستفاد من ربحه . ويترتب على ذلك أن الربح لايطيب لكل من المتعاقدين اذا كان الفساد فى بيع المقايضة

لأن كلا من البدلين مبيع من وجه . ويطيب لهما اذا كان فى عقد صرف على رأى بعض الفقهاء . والربح الذى لا يطيب للمشترى هو ما زاد عن ثمن المبيع أما ماينتج من ربح هذا الثمن بعد استثماره فانه يطيب له لعدم التعيين كما هو الحال فى الربح من الثمن

«خيار النقد»

هذا الخيار نوع من أنواع خيار الشرط لأن سببه الاشتراط فى العقد وبغيره لا يوجد

وكيفيته أن يشترط البائع على المشترى أنه اذا لم ينقده الثمن أى يؤده فى ظرف ثلاثة أيام فلا بيع بينهما وقبل المشترى صح العقد واعتبر الشرط . فاذا أدى المشترى الثمن فى المدة المعينة لزم العقد والا بطل [1]

« (١) — الثمن قانونا »

تكلم القانون على الثمن فى الفرع الثالث مما يترتب على البيع الصحيح بالمواد (من ٣٢٨ الى ٣٣٥) وفى الفصل الخامس . فى الدعوى بطلب تكملة ثمن المبيع بسبب الغبن الفاحش (بمادتى ٣٣٦ و٣٣٧ ويشتمل ماجاء بالفرع الثالث على مايأتى : شروط الثمن . مكان الأداء وزمانه ومصاريف تسليمه . فوائد الثمن حق حبس الثمن . خيار النقد . مايترتب على فسخ العقد

شروط الثمن

المشترى ملزم بدفع ثمن المبيع . ويشترط فى الثمن ثلاثة شروط

الاول — أن يكون حقيقيا لا صوريا والحقيق ما يتعهد به المشترى تعهدا صريحا مع نية دفعه وامكان المطالبة به . وقد أجمع علماء القانون على أنه اذا سمي ثمن فى العقد واتفق المتعاقدان على عدم وجوب المطالبة به فهو ثمن صورى لا حقيق . والأصل فى الاثمان أن تكون حقيقية ولا يثبت خلاف ذلك الا بحجة (الاستقلال سنة ٤ صفحة ٣٤٣) ولغير المتعاقدين اذا كان العقد يضر به أن يثبت بكافة الطرق أنه صورى (المجموعة الرسمية سنة ٧ صفحة ٥٥)

الثانى — أن يكون نقدا مما يتعامل به قانونا كالجنيه والقرش فان كان غير نقد فالعقد معاوضة لا بيع

الثالث — أن يكون مقدرا فى العقد كألف قرش أو مائة جنيه

ويجوز أن يتفق العاقدان على تقديره بمعرفة ثالث ومتى قدره انعقد البيع من يوم البيع لا من يوم التقدير

ومن هذا القبيل البيع بالوجه وهو ترك تقدير الثمن الى مايتقرر فى السوق لنوع المبيع فى أثناء الزمن المحدد ويقال له بيع (الكونتراتات) وسماه شارح القانون (بيع الاتجار) وهو يقع فى الأشياء التي تباع عادة فى الاسواق المالية (البورصة) من الحاصلات الزراعية

وصيغة البيع فى تحديد الثمن مثل هذه « على أن يكون للبائع الحق فى قطع الثمن فى أى يوم أراد لغاية يوم كذا من شهر كذا

وهذا البيع مضاربة لأنه قد يجوز أن يخسر فيه أحد الطرفين خسارة جسيمة وبعضهم يتفق على اختيار أعلى ثمن يباع به مثل المبيع فى مدة معينة وهو نادر (شرح القانون ص ٢٣١)

مكان أداء الثمن وزمانه ومصاريف تسليمه

مكان الاداء وزمانه مبينان بمادتى (٣٢٨ و ٣٢٩) ونص الأولى منهما « يجب على المشترى وفاء الدين فى الميعاد وفى المكان المعينين فى عقد البيع

وبالشروط المتفق عليها فيه » ونص الثانية « فى حالة عدم وجود شرط صريح فى العقد يكون الثمن واجب الدفع حالا فى مكان تسليم المبيع واذا كان الثمن مؤجلا يكون دفعه فى محل المشترى ومع ذلك يراعى فى هذه المادة عرف البلد والعرف التجارى »

ورتب علماء القانون على هذه المادة أنه اذا كان الثمن مؤجلا ولم يدفعه المشتري فى الميعاد لايسقط حقه بمجرد الانذار بالدفع أو اقامة الدعوى بل يجوز للمشترى أن يعرض الثمن عرضا حقيقيا أمام المحكمة الابتدائية أو الاستئنافية قبل صدور الحكم الانتهائى الا اذا كان قد حصل الاتفاق فى عقد البيع على أنه اذا لم يدفع المشترى الثمن فى الميعاد المقرر يعتبر البيع باطلا فان العقد ينفسخ من نفسه ويسقط حق المشترى فى أداء الثمن بعد الميعاد بمجرد الانذار بالدفع (الحقوق سنة ٢٢ صفحة ٣٣) ومصاريف تسليم الثمن على المشترى

ريع الثمن

تكفلت المادة (٣٣٠) ببيان ما اذا كان للبائع الحق فى أخذ ريع الثمن من المشترى قبل دفعه أولا ونص هذه المادة (اذا لم يحصل الاتفاق فى عقد البيع على احتساب فوائد الثمن لايكون للبائع حق فيها الا اذا كلف المشترى بالدفع تكليفا رسميا أو كان المبيع الذى سلم ينتج منه ثمرات أو أرباح أخرى) وتجب الفوائد من يوم التسليم بدليل قول المادة (المبيع الذى سلم) أعني أن الفائدة لاتجب على ثمن المبيع الذى لم يسلم بعد

حق حبس الثمن

يستفاد حق المشترى في حبس الثمن من نص المادة (٣٣١) وهو (اذا حصل تعرض للمشترى فى وضع يده على المبيع بدعوى حق سابق على عقد البيع أو ناشىء من البائع أو ظهر سبب يخشى منه نزع الملكية من المشترى فله أن يحبس الثمن عنده

الى أن يزول التعرض أو السبب الا اذا وجد شرط بخلاف ذلك ولكن يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطلب الثمن مع احضار كفيل للمشترى) ولا يصح حبس الثمن أيضا اذا كان المشترى اشترى العين ساقط الخيار ولا ضمان على البائع فى جميع الأحوال

خيـار النقد

خيار النقد أو خيار الثمن مبين فى القانون بالمواد (من ٣٣٢ الى ٣٣٥) ومحصلها مأخوذا من شرح القانون صفحتى (٢٤٩ و ٢٥٠) مايأتى :

خيار النقد هو حق البائع فى فسخ البيع اذا لم يدفع له الثمن فى الأجل الواجب الدفع فيه أو طلب الزام المدعى بالدفع — وعدم دفع جزء من الثمن كعدم دفع الكل فى ثبوت الخيار مادة (٣٣٢) ويجوز المحكمة أن تعطى لأسباب قوية ميعادا للمشترى لدفع الثمن مع وضع المبيع تحت الحجز عند الاقتضاء كما لو كان للثمن فائدة وكان المشترى لم ينتفع بالمبيع لمرضه أو لسبب آخر ولا خوف من التأجيل ولزيادة ضمان البائع يجوز وضع المبيع تحت الحجز ولا يجوز أن يمهل المشترى بالثمن الا مرة واحدة (مادة ٣٣٣)

ولا يجوز امهال المشتري بالثمن اذا كان الفسخ عند عدم الدفع منصوصا عليه فى العقد بعد التنبيه عليه بذلك تنبيها رسميا الا اذا اشترط فى العقد أن البيع يكون مفسوخا بدون احتياج الى التنبيه الرسمي (مادة ٣٣٤)

وكذلك لايجوز امهال المشترى اذا كان المبيع من البضائع أو الأمتعة المنقولة واتفق المتعاقدان فى العقد على بيان ميعاد دفع الثمن وقبض المبيع بل ينفسخ العقد حتما اذا لم يدفع المشترى الثمن فى الميعاد المحدد بدون احتياج الى التنبيه الرسمى

ويبقى حق الفسخ للبائع عند نقد الثمن مدة خمس عشرة سنة =

بيوع الاستحسان

بيوع الاستحسان أو البيوع الشاذة هى التى شرعت على خلاف القياس دفعا للحرج وتسهيلا على الناس فى المعاملات وهى ثلاثة : بيع

= مايترتب على فسخ البيع

يترتب على الفسخ أن البيع يعتبر كأن لم يكن ويلزم المشترى بما يأتى (١) برد المبيع الى البائع (٢) برد الثمار والأرباح التى نتجت من المبيع (٣) بدفع تعويض للبائع عند مايلحقه ضرر بسبب الفسخ أو عند حصول تلف للعين بفعل المشترى (٤) سقوط حقوق الغير التى ترتبت على المبيع بفعل المشترى

الفصل الخامس

« فى الدعوى بطلب تكملة ثمن المبيع بسبب الغبن الفاحش »

هذا المبحث مذكور بمادتى (٣٣٦ و ٣٣٧) ويؤخذ منهما أن الغبن الفاحش بالنسبة للمشترى هو الزيادة عن خمس الثمن وبالنسبة للبائع النقص عنه وحكمه أنه لايجعل لغير القاصر حق قبل البائع سواء كان غير القاصر أهلا للبيع والشراء أو غير أهل له

ولا يثبت للقاصر من الحقوق على البائع بسبب هـذا الغبن الا طلب تكملة الثمن ويبقى هذا الحق الى ما بعد بلوغ القاصر رشده بسنتين فاذا مضتا ولم يطلب التكملة سقط حقه وكذا يسقط حق ورثته بترك المطالبة سنتين من تاريخ وفاته

ويشترط لثبوت هـذا الحق للقاصر أن يكون المبيع عقارا فان كان منقولا فلا حق له فى طلب التكملة

السلم . والاستصناع . وبيع الوفاء . اذ القياس أن بيع المعدوم . والبيع المؤقت غير صحيح . وبيع السلم والاستصناع بيع معدوم . وبيع الوفاء مؤقت . ولكل من هذه البيوع الثلاثة مباحث خاصة به تعلم مما يأتى

« بيع السلم »

الكلام على السلم ينحصر فى تعريفه . وأركانه . وأصل مشروعيته وحكمه . وحكمته . وشروطه وما يجوز من التصرفات فى البداين ومالا يجوز

تعريف السلم

السلم لغة كالسلف وزنا ومعنى يقال سلفت . وأسلفت . وأسلمت بمعنى واحد . وسمى هذا النوع . لما لوجوب تسليم رأس المال فى مجلس العقد . وسلفا لذلك أيضا

ومعناه شرعا بيع آجل بعاجل فالآجل أى المبيع يسمى مسلما فيه وبائعه يسمى مسلما اليه . والعاجل أى الثمن يسمى رأس المال وصاحبه يسمى رب السلم

أركان السلم

أركان السلم اثنان وهما الايجاب والقبول وينعقد على رأى الامام وصاحبيه بألفاظ السلم والسلف والبيع مع ذكر شروط السلم فى هذا الاخير ليمتاز عن البيع المطلق . وقال زفر لا ينعقد الا بلفظ السلم لانه

شرع على خلاف القياس ووضع له هذا الاسم بالنص للدلالة على بيع ماليس عند الانسان فلا ينعقد بدونه

أصل مشروعيته

السلم مشروع بالكتاب والسنة والاجماع

فأما الكتاب فلما قاله ابن عباس أشهد ان الله تعالى قد أحل السلف المضمون (وفى رواية) المؤجل الى أجل مسمى وأنزل فيه أطول آية فى كتابه وهى آية المداينات وتلا قوله تعالى (يأيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) الخ الآية

وأما السنة فلما روى أنه صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع ماليس عند الانسان ورخص فى السلم) وما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما قال قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يسلفون فى التمر السنة والسنتين والثلاث فقال (من أسلف فى شىء فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم) وفى رواية (من أسلم) الخ

وقد انعقد اجماع الامة الاسلامية على جوازه من الصدر الاول الى الآن

حكم السلم

حكم السلم كحكم البيع وهو ثبوت الملك فى البدلين لكل من المتعاقدين بمجرد تمام العقد مستوفيا شرائطه

حكمة مشروعية السلم

حكمة مشروعية السلم التوسعة ودفع الحرج عن البائع لانه قد يحتاج الى ما يحصل به على الضروري من مقومات الحياة ولا يجد من يقرضه قرضا حسنا وليس عنده مايبيعه الآن ولكن يقدر على الحصول عليه وتسليمه فى المآل فتندفع به حاجته الحالية .

وفيه أيضا منفعة للمشترى لانه يحتاج الى الاسترباح للنفقة على نفسه ومن تلزمه نفقتهم وهو بالسلم أسهل اذ لابد من كون المبيع نازلا عن القيمة فيربحه المشترى . فلهذه المصالح شرع

ولولا مشروعيته لعم الضيق والعسر طائفة عظيمة من المخلوقات والشريعة الغراء مبناها التيسير ودفع الحرج بقدر الامكان

شروط السلم

للسلم شروط كثيرة منها ماهو فى نفس العقد : ومنهاماهو فى رأس المال . ومنها ما هو فى المسلم فيه . ومنها ما هو فى البداين معاً

فالتى فى نفس العقد شرط واحد للصحة . زيادة على الشروط التى للبيع المطلق وهو أن يكون باتاً أى خاليا عن خيار شرط أو رؤية لا خيار عيب . لان خيار الشرط يمنع تمام قبض رأس المال وقبضه فى المجلس لازم شرعا لصحة العقد ولكن لو أبطل خياره فى المجلس مع وجود رأس المال انقلب العقد صحيحا لارتفاع المفسد قبل تقرره . ولان خيار الرؤية لا فائدة فيه هنا اذ فائدته رد المسلم فيه وهو دين فى

الذمة فبرده يعود دينا ويجب أداؤه بمثله فيرد بخيار الرؤية أيضا وهكذا فيتسلسل. ولأن الوصف قد قام فى المسلم فيه مقام المعاينة . وأما خيار الرؤية فى رأس المال فصحيح ان كان عينا معينة . وانما صح خيار العيب فى المسلم فيه لانه لا يمنع من تمام القبض

والشروط التى فى رأس المال خمسة وهى :

(١) بيان جنسه كجنيهات . أو قروش . أو حنطة . أو شعير

(٢) بيان نوعه . كجنيهات . أو قروش مصرية اذا كان فى بلد تعددت فيها النقود كمصر . أو حنطه سقية

(٣) بيان صفته كجيد . أو متوسط . أو ردئ

(٤) بيان قدره اذا كان من المقدرات كالمكيلات . والموزونات والمذروعات . والعدديات المتقاربة .

(٥) أن يكون مقبوضا فى مجلس العقد وهو شرط لبقاء السلم صحيحا . لأن المسلم فيه دين والافتراق قبل قبض رأس المال يكون افتراقاً عن دين بدين وهو منهى عنه لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ أى النسيئة بالنسيئة . ولأن مأخذ هذا العقد دليل على هذا الشرط فانه يسمى سلما وسلفا لغة وشرعا . واذا امتنع المشترى عن الاعطاء . أو البائع عن الأخذ أجبر الممتنع قبل الافتراق . فان افترقا قبل القبض بطل العقد . ولو مشيا معاً ثم دفع رأس المال صح . أما اذا ذهب ليحضره فتوارى عن نظر المسلم اليه بطل السلم والا فلا يبطل

والشروط التى فى المسلم فيه تسعة وهى :

(١) أن يكون معلوم الجنس كحنطة . أو شعير . أو تمر

(٢) أن يكون معلوم النوع كحنطة سقية . أو شعير بحسى أى غير سقى . أو تمر سيوى

(٣) أن يكون معلوم الصفة كجيد . أو متوسط . أو ردىء

(٤) أن يكون معلوم القدر بكيل . أو وزن . أو ذرع بأدوات يؤمن فقدها من أيدى الناس فان كان لايؤمن فالسلم فاسد بأن يبين القدر بمكيال أو حجر لايعرف عيار كل منهما . أو بخشبة لايعرف قدرها . أو بذراع نفسه لأنه قد يموت : ويشترط فى الأدوات ألا تكون مما ينقبض وينبسط والا فسد

(٥) أن يكون مما يمكن ضبط قدره وصفته ضبطا لا يبقى معه الا الجهالة اليسيرة فان كان مما لاينضبط قدره ووصفه لايجوز السلم فيه والذى يمكن ضبطه هو المكيلات. والموزونات. والمذروعات. ويجب فيها بيان طولها . وعرضها . ووصفها . كسميك أو رقيق . ولونها كأبيض أو أخضر . وصنعتها كعمل زيد أوعمرو . أو مصر أو الشام . والعدديات المتقاربة . ومنها اللبن (الطوب الذى لم يحرق) والآجر (الطوب المحرق) ويجب فيها بيان الصنعة والملبن أى القالب الذى يصنع فيه اللبن . ويجوز السلم فى المكيل وزنا وفى الموزون كيلا لان الغرض فى السلم معرفة مقدار السلم فيه وهو يحصل بذلك

ولا يجوز السلم فى العدديات المتفاوتة عددا ويجوز وزنا أو كيلا وذلك كالبطيخ والسمك الطرى والمالح وكبار الجواهر والخرز ماعدا الحيوانات فان السلم لايصح فيها عددا ولا وزنا لتفاوتها على كل حال

وقال الامام الشافعى يجوز السلم فى الحيوان لزوال الجهالة الفاحشة ببيان الجنس والنوع والصفة والسن

ولا يجوز السلم فى التبن أحمالا للتفاوت ويجوز وزنا. ولا فى الحطب والقصب . والحشائش . والعيدان حزما الا اذا وصفه بوصف يجعل التفاوت يسيراً بين حزمة وأخرى كأن يقدر مايحزم به بالذراع أو المتر ويجوز فى كل هذه المذكورات وزنا

(٦) أن يكون مما يتعين بالتعيين فلا يصح فى النقود ومايلحق بها لان المسلم فيه مبيع وهو يتعين بالتعيين بخلاف الثمن

(٧) أن يكون مؤجلا الى أجل معلوم فلو كان مجهولا فسد العقد بقوله عليه الصلاة والسلام (من أسلف فى شيء فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم) . وأقل مدة الاجل فى السلم شهر على رأى محمد وهو الصحيح لانه شرط ترفيها وتيسيرا على المسلم اليه ومادون الشهر يعتبر فى حد القلة فيكون له حكم الحلول . فان كانت أقل منه وذكرت على سبيل الاستعجال اعتبر استصناعا ان كان مما يصنع . والا كان سلما فاسدا . ويبطل الاجل بموت المسلم اليه فيأخذ رب السلم المسلم فيه من تركته ان وجد والاخير بين الانتظار حتى يوجد وبين أخذ رأس المال الذى دفعه . ولا يبطل الاجل بموت رب السلم بل تقوم ورثته مقامه فى استيفاء المسلم فيه فى الاجل المعين

(٨) أن يكون موجودا فى الاسواق من وقت العقد الى وقت الاجل وهو شرط لبقاء السلم صحيحا فلو لم يكن موجودا وقت العقد أو وقت حلول الاجل أو فى المدة التى بينهما لا يصح السلم بل يفسد متى

انقطع لأن القدرة على التسليم شرط من حين العقد . ولهذا لايصح السلم فى محصول حقل بعينه ولا ثمر نخلة معينه لاحتمال انقطاع المسلم فيه

(وقال الشافعى رضى الله عنه الشرط أن يكون موجودا وقت حلول الاجل لا غير

واذا لم يوجد وقت حلول الاجل فى الاسواق خير المشترى بين الانتظار حتى يوجد وبين فسخ العقد واسترداد ما دفعه

(٩) بيان مكان الايفاء ان كان له حمل ومؤنة عند الامام . وعندهما ليس بشرط بل يسلم فى مكان العقد فان لم يكن له حمل ولا مؤنة فلا يشترط بيان مكان الايفاء بالاتفاق لان قيمة المسلم فيه لاتختلف باختلاف الاماكن . واذا عينا مكانا لهذا تعين أيضا . واذا عينا مدينة أو قرية كانت كل محلاتها سواء فيبرأ المسلم اليه بالتسليم فى أى جهة منها الا اذا كانت كبيرة وهى ما كان مسطحها فرسخا مربعا فيجب بيان الجهة أيضا على رأى الامام .

والشروط التى فى البدلين جميعا هى ألا يجمعهما أحد وصفى علة ربا الفضل وهو : اما الكيل أوالوزن . واما الجنس لان أحد وصفى علة ربا الفضل هو علة ربا النساء فاذا اجتمع أحد هذين الوصفين فى البدلين يتحقق ربا النساء والعقد الذى فيه ربا فاسد فلا يصح اسلام المكيل فى المكيل أو الموزون فى الموزون ولا اسلام أحدهما فى الآخر . ولا غير المكيل والموزون بجنسه اذا كان عروضا أو عدديا متقاربا

وجملة الشروط جمعوها فى قولهم : اعلام رأس المال وتعجيله .

واعلام المسلم فيه وتأجيله . وبيان مكان الايفاء . وعدم انقطاع المسلم فيه فى مدة الاجل

فاذا توفرت جميع هذه الشروط صح السلم والا فلا يصح

ويؤخذ مما ذكر أنه يصح السلم فى كل ما يمكن ضبطه وتعيينه قدرا ووصفا تعيينا تاما نافيا للجهالة الفاحشه كالمكيلات . والموزونات (غير الذهب والفضة) والمذروعات . والعدديات المتقاربة ويصح فى المتفاوتة وزنا اذا كانت مما ينضبط بالوصف

ما يجوز من التصرف فى البدلين قبل القبض وما لا يجوز

لايصح للمسلم اليه أن يتصرف فى رأس مال السلم قبل قبضه لا بالتمليك لمن هو عليه ولا لغيره ولا بالابراء لان تسليمه فى مجلس العقد حق للشرع فلا يملك اسقاطه بنفسه . فاذا أسقطه أو ملكه لاحد قبل قبضه اعتبر ذلك فسخا لعقد السلم

ولا يجوز لرب السلم أن يتصرف فى المسلم فيه قبل قبضه لانه مبيع والتصرف فى المبيع قبل القبض لايجوز . ولكن لو تصرف فيه بهبته كله لمن هو فى ذمته اعتبرت الهبة اقالة ووجب استرداد رأس المال ولو كان بهبة بعضه صح التصرف واعتبر الباقى هو المسلم فيه

واذا اختلف المتعاقدان فى صحة عقد السلم فالقاعدة فى ذلك أن من كان متعنتا وهو من ينكر مايفيده فقوله باطل باتفاق والقول للآخر بيمينه ومن كان مخاصما وهو من ينكر ما يضره فقال الامام القول لمن

يدعى صحة العقد ولو كان خصمه هو المنكر . وقال الصاحبان القول للمنكر بيمينه على كل حال سواء كان ينكر صحة العقد أو بطلانه

واذا اختلفا فى مقدار الأجل فان أقام أحد منهما بينة قبلت بينته. وان أقاماها قبلت بينة من يثبت الزيادة . وان لم يقم أحد بينة فالقول لمن يدعى الاقل بيمينه

واذا اختلفا فى انتهاء الاجل فان أقام أحدهما بينة قبلت . وتقدم بينة مدعى زيادة الاجل وهو المسلم اليه ان أقاماها . وان لم يكن لاحد منهما بينة فالقول لمنكر الانتهاء

وان اختلفا فى المسلم فيه واتفقا على رأس المال وكان عينا معينة بأن قال رب السلم هذا الثوب فى أردب حنطة وقال المسلم اليه هو فى نصف اردب أو فى اردب شعير فالقول لرب السلم بيمينه باتفاق وان أقاما بينة قدمت بينته أيضا لانها تثبت الزيادة . واذا كان رأس المال من النقود فى هذه المسألة فالحكم كما ذكر عند محمد وقال أبو يوسف يحكم بسلمين ان أقاما البينة . ومثل هذه فى الحكم ما اذا اتفقا فى المسلم فيه واختلفا فى رأس المال وهو من النقود

وان اختلفا فى كل من رأس المال والمسلم فيه وأقاما بينة يقضى بالزيادة فيهما ولو أثبت كل فريق زيادة أحد البدلين دون الآخر . وان أقام أحدهما بينة قضى له وان لم يقم أحد بينة تحالفا استحسانا ويبدأ بيمين رب المسلم

« الاستصناع »

الكلام فى هذا المبحث ينحصر فى : تعريفه . وأركانه . وأصل مشروعيته . وحكمه . وما يجوز استصناعه وما لايجوز . وشروطه

فأما تعريفه فهو : طلب عمل شىء خاص على وجه مخصوص مادته من الصانع

وأركانه الايجاب والقبول كسائر العقود . والذى يرد عليه عقد الاستصناع هو العين المراد صنعها لا العمل ولهذا اعتبره الفقهاء بيعا لا اجارة فقالوا انه بيع له شبه بالاجارة

وأصل مشروعيته اجماع الأمة الاسلامية على جوازه من الصدر الاول الى الآن

وحكمه افادة الملك فى البدلين لكل من المتعاقدين وهو جائز فى كل ما جرى التعامل باستصناعه لاغير لأنه انما جاز للعرف استحسانا فان لم يكن عرف يبقى الشىء على القياس فلايصح لأنه عقد على معدوم

ويشترط لصحة الاستصناع بيان جنس المستصنع . ونوعه . ووصفه . وقدره بيانا تاما نافيا للجهالة الفاحشة المؤدية الى النزاع

وللمشترى عند رؤية المبيع أن يأخذه بكل الثمن وبين أن يفسخ العقد بخيار الرؤية على رأى الامام ومحمد لانه اشترى ما لم يره سواء وجده على الحالة التى وصفها أولا . وقال أبو يوسف ان وجده على ماوصف فلا خيار له دفعا للضرر عن الصانع . اذ قد لا يشترى غيره المصنوع بما يشتريه به هو

وانما الذى يجوز للصانع هو بيع ماصنعه قبل أن يراه المشترى وعمل غيره لأنه لايتعين له الا برؤيته والرضا به

ويجب أن يكون أجل الاستصناع أقل من شهر فان كان شهرا فأكثر كان سلما باتفاق فيجب أن تتوفر فيه شروط السلم وان كان أقل من شهر : فان كان الاستصناع متعارفا صح العقد استحسانا للعرف وان كان غير متعارف : فان كان الاجل على سبيل الاستعجال صح واعتبر بيعا باتا لان الاقل من الشهر قليل فيعتبر فى حكم الحلول . وان كان على سبيل الاستمهال فسد لان الاستصناع غير جائز فيما لاتعامل فيه ولا يمكن اعتباره بيعا باتا صحيحا كالسابق لان استمهال الصانع يعتبر بمنزلة اشتراط البائع تأجيل تسليم المبيع وهو شرط فاسد فيفسد العقد

بيع الوفاء

بيع الوفاء هو أن يبيع شخص عينا لشخص آخر بثمن معين أو بالدين الذى عليه له على أنه متى رد البائع الثمن على المشترى أو أدى دينه يرد اليه المبيع وفاء . وسمى هذا النوع من البيع بالوفاء لما فيه من تعهد المشترى بالوفاء بالشرط وهو رد المبيع عند رد الثمن أو ايفاء الدين

وركنه الايجاب والقبول . وأصل مشروعيته اجماع الامة الاسلامية على جوازه اعتبارا لمعناه لا للفظه لانه على القول الصحيح رهن وان أتى بصيغة عقد البيع فيأخذ أحكام الرهن الآتية . ويترتب على أنه رهن ما يأتى

أولا — أنه لايجوز لكل من البائع والمشترى أن يبيع العين

المبيعة وفاء لشخص آخر فاذا باعها البائع أى مالكها توقف نفاذ البيع على اجازة المشتري وفاء فان أجازه نفذ . وان لم يجزه بقي موقوفا حتى يسترد الثمن أو الدين من البائع : واذا باعها المشترى وفاء توقف نفاذ البيع على اجازة المالك فان أجازه نفذ وأدى الدين من ثمنها . وان لم يجزه بطل واستبقاها المشترى تحت يده حتى يستوفى دينه

ثانيا - لايجوز للمشترى وفاء أن ينتفع بالمبيع الا باذن البائع فاذا انتفع به بدون اذنه فهلك ضمنه بقيمته يوم هلاكه ان كان قيميا وبمثله ان كان مثليا لاعتباره حينئذ متعديا . واذا انتفع باذنه الانتفاع المعتاد أو المشروط أو ما هو أقل منه ضرر أو لم ينتفع أصلا وهلك المبيع بدون تعد أخذ حكم الرهن الهالك وهو أنه يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين أى أنه اذا كانت قيمته مساوية للدين سقط الدين فى مقابلته . وان كانت قيمته أكثر يهلك بالدين فلا يرد المشترى شيئا لأن الزائد عن الدين من قيمة المبيع أمانة فى يده . وان كانت قيمته أقل سقط من الدين بقدر قيمته ويرجع على البائع بالباقى

ثالثا - اذا حل الاجل ولم يؤد البائع الدين أو لم يرد الثمن فلا يصير البيع باتا ولايملك المشترى المبيع وانما يحكم القاضى على البائع بالاداء بناء على طلب المشترى وان امتنع بعد ذلك باع عليه الحاكم العين المبيعة وأوفى المشترى حقه من ثمنها وان لم تف به باع من بقية أمواله بقدر ما فيه الوفاء على التفصيل السابق بيانه فى انتزاع الملك

واذا مات البائع مفلسا فالمشترى أحق بما فى يده من سائر الغرماء حتى يستوفى دينه لان وضع يده على المبيع جعل له امتيازا على غيره

فيه فيباع ويستوفى دينه أولا وان زاد شئ أخذه الغرماء وان نقص كان فى الناقص أسوة الغرماء

واذا مات أحد المتعاقدين فى بيع الوفاء تقوم ورثته مقامه فى جميع ما تقدم من الاحكام (١)

---

(١) بيع السلم والاستصناع قانونا

هذان النوعان لم يفرد لهما القانون مباحث خاصة بهما بل دخلا ضمن الاحكام العامة للبيع المطلق فان القانون أجاز للبائع أن يشترط تأجيل تسليم المبيع . وان يبيع المعدوم الذى ينتظر وجوده فى المستقبل لأنه فى حكم الموجود ومن ذلك السلم والاستصناع . أما الشريعة فقد أفردت لهما مباحث خاصة لمجيئهما فيها على خلاف القياس

« بيع الوفاء قانونا »

أفرد القانون لبيع الوفاء فصلا خاصا به وهو الفصل السادس فى باب البيع لمجيئه على خلاف الاصل القانونى للبيع وهو افادة الملك البات كما يؤخذ من تعريفه الوارد فى شرح القانون (صفحة ٢٥٣) وقد توسع فى بيان أحكامه فذكرها فى عشر مواد (من ٣٣٨ الى ٣٤٧) وذلك لكثرة تداوله بين جميع طبقات الامة لأنه يشمل نوعى الضمان المهمين فى نظر الدائنين وهما الرهن والبيع المؤقت كما سيأتى

والكلام على بيع الوفاء قانونا ينحصر فى : تعريفه . وأقسامه . ومدته . وحقوق المشترى وفاء . ورد المبيع . وما يترتب على الرد

التعريف

جاء فى شرح القانون صفحة (٢٥٣) مانصه « بيع الوفاء هو البيع مع شرط خيار الاسترداد للبائع

الاقسام

أقسام بيع الوفاء مبينة بالمادة (٣٣٨) ونصها « ينقسم بيع الوفاء الى نوعين

الاول — جعل العقار أو الشيء المبيع بيع وفاء رهنا للمشترى لسداد الدين الذى على البائع

الثانى — البيع مع اشتراط البائع استرداد المبيع واعادة الأشياء الى الحالة التى كانت عليها أولا اذا أحب ذلك

فمثال النوع الأول أن يقترض شخص من آخر ألف جنيه ويبيع له مقابل ذلك عشرة أفدنة على أن الملك لاينتقل للمشترى الا اذا مضى زمن معين ولم يرد البائع الثمن . وحكمه كما جاء بالمادة (٣٣٩) أنه كرهن الحيازة للعقار والمنقول تماما

وأما حكم الثانى فهو كما يؤخذ من المادة (٣٤٠) نقل ملكية المبيع الى المشترى بمجرد حصول العقد واشتراط استرداده اذا دفع البائع الثمن والمصاريف بمعنى أنه اذا لم يوف البائع بالشروط المقررة لرد المبيع تبقى الملكية للمشترى واذا وفى بها رجعت اليه ملكية المبيع واعتبر أنه لم يخرج عن ملكه . ولا فرق بين هذا النوع وبين البيع المعلق فسخه على شرط الا فى كون تحقق الشرط فى بيع الوفاء وعدمه محدود الأجل

المــدة

مدة بيع الوفاء قانونا مبينة بالمادتين (٣٤١ و ٣٤٢) فقد حددتها المــادة الاولى منهما بخمس سنين من تاريخ العقد وكل مدة أطول من هذه يجب انقاصها اليها . وقد علل شارح القانون هذا التحديد بقوله فى صفحة ز ٢٥٤ « لما كان البيع وفاء يجعل الملكية غير مستقرة فى يد المشترى وعدم استقرارها مما لا يتفق

مع المصلحة العامة احتاج القانون لتجديد زمن ابقاء البيع معلقا » ثم قال « لكن يجوز للعاقدين اطالة المدة اذا قربت من النهاية ويعتبر ذلك عقدا جديدا بشرط ألا يكون فيه ضرر على من رتب لهم المشترى حقا على العقار المبيع . ومثال الضرر أن يشترى شخص شيئا شراء وفائيا مدته سنتان ثم يرهنه مدة ملكه وبعد سنة ونصف يتفق مع البائع على جعل المدة خمس سنين فان هذا يضر بالمرتهن لأن رهنه يبقى مهددا زمنا أطول من المتفق عليه

حقوق المشترى وفاء فى المبيع

حقوق المشترى وفاء فى المبيع هى حقوق المالك ملكا تاما فى المدة المتفق عليها فله أن يتمتع بالمبيع واستغلاله بجميع الطرق الممنوحة قانونا لكل مالك من يوم البيع . ويده على المبيع يد شرعية فله أن يبيعه أو يرهنه أو يرتب عليه حقوق ارتفاق . ويملك المبيع بمضى خمس سنين اذا لم يكن البائع مالكا له فان كانت المدة أقل من خمس سنين وكان البائع ذا يد سابقة على العقار بحسن نية جاز للمشترى أن يضم المدتين ومتى كان مجموعهما خمس سنين ملك المبيع بشرط أن يكون حسن النية والا وجب أن تكون المدة خمس عشرة سنة

ومن حقوق المشترى اذا كان المبيع وفاء مرهونا لآخر أن يطلب من المرتهن تجريد المدين من أملاكه الأخرى قبل التنفيذ على العين المبيعة

ومن حقوقه أيضا رد طلب الدائنين الاعتياديين واسترداد المبيع بالنيابة عن البائع . ومنها تجريد المدين أولا مما يكون له من الأملاك الأخرى

وهذه التصرفات مشغولة بشرط الفسخ واسترداد المبيع

رد المبيع وفاء

رد المبيع وفاء وشروطه وما يترتب عليه مبين بالمواد (من ٣٤٣ الى ٣٤٧) فقد جاء بالمادة (٣٤٣) أنه يجوز للبائع وفاء أن يسترد المبيع متى حل الاجل .

والاسترداد من الحقوق العينية فهو يتبع العقار فى أية يد كانت ولم يشترط الاسترداد فى عقد الانتقال الى الغير لان اشتراطه فى العقد الأول كاف لثبوت هذا الحق

ويشترط فى فسخ البيع وفاء واسترداد المبيع أن يعرض البائع على المشترى فى الميعاد المعين أنه مستعد أن يؤدى له على الفور الاشياء الآتى بيانها :

أولا — أصل الثمن

ثانياً — المصاريف المترتبة على البيع والتى تترتب على استرداد المبيع

ثالثاً — ماصرفه المشترى مما كان لازما لصيانة المبيع

رابعاً — مصاريف التحسين التى صرفها المشترى بشرط ألا تكون فاحشة فان كانت كذلك أنزلها القاضي الى الحد اللائق ولا تزيد فى أى حال عما زاد فى قيمة المبيع مادة (٣٤٤)

ولا يشترط أن يعرض البائع ماذكر عرضا حقيقا بتقديمه الى البائع أو ايداعه فى صندوق المحكمة بل يكفى الاعلان الرسمى بالاستعداد للدفع اذا كانت أحوال البائع توجب الثقة بأن يقوم بالوفاء متى قبل المشترى

ويترتب على رد المبيع رجوعه الى ملكية البائع كما كان عليه قبل البيع وفاء أى خاليا من كل رهن أوحق ترتب عليه بفعل المشترى انما يلتزم البائع بتنفيذ الاجارة اذا كانت بدون غش بشرط ألا تزيد مدتها عن ثلاث سنين مادة ٣٤٥)

ويتبع المبيع عند رجوعه الى ملك البائع مازاد فيه من طمى البحر والاشجار المغروسة على سبيل القرار. أما المبانى فهو مخير فيها بين الزام المشترى برفعها وبين استبقائها ودفع قيمة الادوات وأجرة العملة أوما زاد فى قيمة العقار بسببها هذا اذا بني باذن البائع . فان بنى بغير اذنه كان متعديا وخير البائع بين استبقائها بقيمتها مقلوعة وبين طلب ازالتها

والاسترداد لايقع الا على نفس المبيع سواء كان ملكا كاملا أو مشاعا أو مقسوما الى حصص الا فى حالتين

الاولى — اذا توفى المشترى وفاء وترك أكثر من وارث فاقتسموا المبيع أوأبقوه شائعا بينهم ثم حل ميعاد الاسترداد ولايجوز للبائع أن يسترد

الا قدر نصيبه فى التركة مادة (٣٤٦) . واذا وقع المبيع كله فى نصيب أحد الورثة كان الطلب منه وحده دون الآخرين . الحقيقة أنه لا استثناء فى هذه الحالة لأن المبيع يسترد كله من متعددين بدل أن كان يسترد من واحد وهو المورث

الثانية — اذا كان المبيع وفاء حصة شائعة فى عقار واشترى مشتريها الحصص الباقية من مالكيها بناء على طلبهم القسمة ولعدم امكانها عينا جاز له أن يلزم البائع وفاء باسترداد العقار كله مادة (٣٤٧)

الكلام على المعاوضة قانونا

جعل القانون المعاوضة نوعاً مستقلا من أنواع العقود المعينة وذكر أحكامه بعد كتاب البيع بالمواد (من ٣٥٦ الى ٣٦٠) تحت عنوان الباب الثانى — فى المعاوضة)

وقد عرفها القانون فى المادة (٣٥٦) بقوله (المعاوضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين بأن يعطى للآخر شيئا بدل ما أخذه منه

والوعد بالمعاوضة معاوضة كما فى البيع

وتنعقد بمجرد حصول الايجاب والقبول بالكيفية المقررة فى البيع مادة (٣٥٧) وهى كالبيع فى جميع أحكامه الا فى عدم سريان بعض القواعد المقررة فى البيع لاسباب غير موجودة فى المعاوضة . أو لأسباب موجودة فيها وغير موجودة فى البيع

فالأحكام الموجودة فى البيع ولا توجد فى المعاوضة هى :

أولا — الأحكام المختصة بدفع الثمن لعدم وجود ثمن نقدى فى المعاوضة

ثانيا — الأحكام المختصة بدفع الفوائد للسبب المذكور

ثالثا — الأحكام المتعلقة بتكملة الثمن فى حال الغبن الفاحش

وأما ما تمتاز به المعاوضة فهو

أولا — اذا تسلم أحد المتعاقدين قبل أن يسلم وظهر أن ما تسلمه ليس ملكا للمتعاقد معه جاز له أن يرد ماتسلم وألا يسلم ما لم يكن سلمه ولا يجوز اجباره على غير ذلك ولا بد فى هذه الحالة من اثبات عدم ملكية المتعاقد معه مادة (٣٥٨)

ثانيا — اذا حصل التسليم من الجانبين واستحق أحد الشيئين لأجنبى كان الذى نزع منه العوض مخيرا بين طلب رد ما أخذه من الطرف الثانى و بين طلب تعويضات عما نزع منه . ولكن على التفصيل الآتى وهو :

اذا كان العوض منقولا باقيا فى يد الطرف الثانى فلمن نزع منه عوضه أن يأخذه عينا . وان كان قد هلك أو استهلك أو خرج عن ملكه فلا حق لصاحبه الاصلى الا فى التعويضات لتعذر رد عينه

واذا كان الشيء المستحق عقارا جاز استرداده ممن هو تحت يده الا اذا مضى مدة خمس سنين من تاريخ عقد المعاوضة فان صاحبها يصير مالكا بمضى المدة ان كان حسن النية (مادة ٣٥٩)

« كتاب الاجارة »

الكلام على الاجارة يشتمل على : تعريفها . وأركانها . وأصل مشروعيتها . وحكمة المشروعية . وشروطها . وأقسامها . وما يرد عليه عقد الاجارة . وانتهاء الاجارة وانفساخ عقدها . والاجرة . والكل من الشروط . والاقسام . وما بعدها مباحث خاصة بها واليك بيان كل :

(تعريف الاجارة)

الاجارة معناها لغة الكراء أو بيع المنفعة وتطلق على نفس العقد ومعناها شرعا تمليك المنفعة فى الحال بعوض

(أركان الاجارة)

أركان الاجارة اثنان وهما الايجاب والقبول وليس لهما ألفاظ مخصوصة بل كل لفظين يدلان على تمليك المنفعة فى الحال بعوض يصلحان ايجابا وقبولا . كأن يقول المؤجر : آجرتك أو أكريتك دارى . أو ملكتك منفعتها بكذا . أو أعرتك بستانى سنة بمائة جنيه أو وهبتك منفعته سنتين بمائتى جنيه . أو نحو ذلك . فيقول المستأجر استأجرت . أو أكتريت . أو قبلت . أو رضيت . أو ما ماثل ذلك

ومجموع الايجاب والقبول يسمى صيغة العقد وكما تصح الاجارة باللفظ تصح بالكتابة . وبالاشارة المعروفة للأخرس . وبالتعاطى . على التفصيل المذكور فى أوائل كتاب البيع

وصيغة هذا العقد كصيغة عقد البيع من جهة كونها لاتنعقد الا بلفظ الماضى . أو المضارع المراد به الحال . أو بلفظ خذ من أفعال الامر ومن جهة خيار المجلس . وموافقة القبول للايجاب وارتباطهما . وما يبطل به الايجاب قبل القبول وغير ذلك مما ذكر فى أوائل كتاب البيع فليراجع

(أصل مشروعية الاجارة)

الاجارة مشروعة على خلاف القياس بالكتاب والسنة والاجماع فأما الكتاب فقوله تعالى (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن)

وأما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام (أعطو الأجير أجرته قبل أن يجف عرقه) وقوله فى حديث آخر (ثلاثة أنا خصمهم يوم القيمة ومن كنت خصمه خصمته رجل أعطى بى ثم غدر ورجل باع حرا فأكل ثمنه ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره): وبعث صلى الله عليه وسلم والناس يؤاجرون ويستأجرون فلم ينكر عليهم فكان اقرارا منه على جوازها

وأما الاجماع فلاستئجار المسلمين عامة وتأجيرهم من الصدر الاول الى الآن

وانما كانت مشروعة على خلاف القياس لانها بيع المنفعة والمنافع معدومة وقت العقد والمعدوم لايحتمل البيع على سبيل القياس فجازت استحسانا للحاجة اليها كما سيأتى.

(حكمة مشروعية الاجارة)

حكمة مشروعية الاجارة دفع الحرج والمشقة لان الله شرع العقود لمنفعة العباد وحاجتهم الى الاجارة ماسة لان كل واحد لا يكون له من الاملاك دار يسكنها ولا أرض يزرعها ولا دابة يركبها ولا غير هذه من لوازم المعيشة وقد لايمكنه تملكها بالشراء لعدم الثمن. ولا بالهبة والاعارة لان نفس كل واحد لاتسمح بذلك فيحتاج الى الاجارة فجوزت على خلاف القياس لحاجة الناس اليها كالسلم والاستصناع ونحوهما. وبالجملة فان الشرع جعل لكل حاجة عقدا يختص بها فشرع لتمليك العين بعوض عقدا وهو البيع. وشرع لتمليكها بغير عوض عقدا

وهو الهبة . وشرع لتمليك المنفعة بغير عوض عقدا وهو الاعارة . فلو لم يشرع للاجارة عقدا مع شدة الحاجة اليها لم يجد العبد لدفع هذه الحاجة سبيلا وهذا خلاف موضوع الشرع

(شروط الاجارة)

شروط الاجارة هى بعينها شروط البيع السابقة سواء كانت للانعقاد أو للصحة . أو النفاذ . أو للزوم غير أنه يستبدل لفظ البائع بلفظ المؤاجر . ولفظ المشترى بالمستأجر الا ماكان منها خاصا بالبيع وهى لا تخفى ولهذا لا حاجة لاعادتها . وقد أجمل أكثر المؤلفين ذكر الشروط فى قولهم وشرطها : معلومية البدلين لكل من المتعاقدين علما نافيا للجهالة الفاحشة المؤدية الى النزاع بعد احالتهم على شروط البيع لان العلم بهما فى الحقيقة أهم شرائط الصحة اذ أكثر ما يحصل من النزاع بين المؤجر والمستؤجر انما يكون بسبب ادعاء الجهالة فيهما أو فى أحدهما وسيأتى بيان ما يعلم به كل منهما فى محله

وقال الامام وزفر يشترط أيضا لصحة عقد الاجارة أن تكون العين المؤجرة مفرزة فان كانت مشاعة فلا تصح لغير الشريك سواء كان المشاع مما يقبل القسمة أو مما لا يقبلها لعدم القدرة على تسليمها مستقلة بل تسلم ضمن الكل ونصيب غير المؤاجر لم يرد عليه العقد فلا يتصور تسليمه شرعا والشيوع المفسد للاجارة على رأيهما هو الشيوع الاصلى بأن يؤجر جزءا شائعا ويسلمه كذلك فان أفرزها ثم سلمها صح العقد . أما الشيوع الطارىء فلا يفسدها كما اذا أجر شيئا ثم استحق بعضه لانه يغتفر فى الدوام ما لا يغتفر فى الابتداء

وقال الصاحبان والامام الشافعى تصح اجارة المشاع بأنواعه للشريك ولغيره وينتفع الشركاء بالمهايأة أى قسمة المنافع

(أقسام الاجارة وحكم كل قسم)

للاجارة باعتبار وصفها أقسام : وباعتبار صيغتها أقسام

فتنقسم باعتبار وصفها الى : صحيحة : وغير صحيحة ـ والصحيحة تنقسم الى : موقوفة : ونافذة غير لازمة . ونافذة لازمة ـ وغير الصحيحة تنقسم الى : باطلة . وفاسدة

وتنقسم باعتبار صيغتها الى : مطلقة . ومقيدة بالشرط . ومعلقة على الشرط . ومضافة الى الزمن المستقبل . ولكل من هذه الاقسام حكم يخصه واليك بيانه

(الاجارة الصحيحة وأحكامها)

الاجارة الموقوفة وحكمها

الاجارة الموقوفة هى التى صدرت ممن لا يملك التصرف فى العين المؤجرة . أو وردت على شىء تعلق به حق الغير بأن كان مرهونا أو مؤجرا : وهى تنعقد موقوفة على الاجازة المعتبرة شرعا ممن له الحق فيها حسب التفصيل السابق فى البيع الموقوف

وحكمها أنها لا تفيد الملك مطلقا ما دامت موقوفة كما فى البيع

الاجارة النافذة غير اللازمة وأحكامها

الاجارة النافذة غير اللازمة هى التى فيها خيار من الخيارات وحكمها أنه لايترتب عليها أثرها الا بعد الاجازة المعتبرة شرعا ممن له الخيار سواء كانت الاجازة بالقول أو بالفعل

الاجارة النافذة اللازمة وحكمها

الاجارة النافذة اللازمة هى التى استوفت جميع شرائطها

وحكمها اذا كان عقدها مطلقا افادة الملك فى البدلين لكل من المتعاقدين آنا فآنا . أما بالنسبة للمعقود عليه وهو المنفعة أو العمل فلأنه معدوم والمعدوم لايتعلق به الملك ولكون كل منهما يحدث تدريجيا فيملك كذلك

وأما بالنسبة للأجرة فلأن العقد عقد معاوضة ومن شأن هذا العقد تساوى المتعاقدين فى الملك ولا يوجد التساوى الا بأن يكون ملك الأجرة مقابلا بملك المنفعة المتجددة بتوالى الأوقات والعمل الذى يتمه الصانع بالتدريج

وقال الامام الشافعى ان حكم الاجارة المطلقة ثبوت الملك فى البدلين بمجرد حصول العقد كالبيع لأنه افترض المنافع موجودة حكما تصحيحا للعقد لأن الملك لابد له من محل يقوم بهوقت العقد

(الاجارة غير الصحيحة وأحكامها)

الاجارة الباطلة وحكمها

الاجارة الباطلة هى مالم تكن مشروعة لا بأصلها ولا بوصفها وغير المشروعة بأصلها هى ما حصل خلل فى ركنها أو فى محلها بانعدام أحد شروط الانعقاد كما سبق فى البيع الباطل وغير المشروعة بوصفها هى ما استوفت شرائط انعقادها ولكن حصل خلل فى أوصافها بانعدام أحد شروط الصحة

وحكم الاجارة الباطلة أنه لايترتب عليها شىء أصلا ولا تفيد الملك مطلقا فى كل من البدلين فلا تستحق الاجرة على المستأجر ولو انتفع بالعين المستأجرة الانتفاع المعتاد بأذن المؤجر سواء كانت معدة للاستغلال أو لا الا فى الوقف ومال اليتيم فتجب فيها الاجرة باستيفاء المنفعة

الاجارة الفاسدة وحكمها

الاجارة الفاسدة هى ما كانت مشروعة بأصلها دون وصفها بأن استوفت شرائط انعقادها ولكن فقدت شرطا من شروط صحتها كاقترانها بشرط فاسد وهو ما عرفته فى البيع . وجهالة العين المؤجرة أو الأجرة . أو المدة أو العمل . أو الشيوع الأصلى عند التسليم لا الطارئ بعده كماسبق . أو بالسكوت عن تسمية الأجرة والافتراق

قبل العلم بها . فان نصا على نفيها بطلت. أو أن تكون المنفعة غير مقصودة فى نظر الشرع والعقلاء . أوالمعقود عليه معصية أو طاعة .

فجهالة العين المؤجرة كأن يقول آجرتك احدى هاتين الدارين بكذا وجهالة الأجرة يكون اما بعدم ذكرها أصلا أو بذكرها مع عدم بيان الاوصاف التى تميزها عن غيرها كان يقول آجرتك دارى بمائة ثوب أو بدابة أو خمسة جنيهات وكانت الجنيهات متعددة مع اختلافها فى المالية واتحادها فى الرواج . ومن جهالة الاجرة أن يؤجر داره بكذا جنيها على أن يرمها المستأجر لصيرورة مصاريف المرمة من الاجرة وهى مجهولة وقت العقد وجهالتها مفضية الى جهالة الكل وهى مفضية الى النزاع. وجهالة المدة يكون بعدم ذكرها أصلا أو بذكر ماليس له وقت معلوم كنزول المطر وشفاء المريض وحضور الغائب. وهل من الجهالة أن يؤجر داره أو حانوته كل شهر بكذا بدون أن يبين عدد الشهور؟ .أو يؤجر دابة للركوب كل يوم بعشرين قرشا ؟ أو ماأشبه ذلك . فالجواب أن الاجارة تصح فى الأول من كل هذه الازمان وتفسد فى الباقى لجهالة مدة الاجارة فى كل. اذ القاعدة أن لفظ كل اذا دخل على مالا يعرف منتهاه كالاشهر والأيام والساعات تعين أدناه للصحة وفسد فى غيره. ولكنها تصح اذا عجل أجرة أشهر أو أيام معلومات فى المدة التى عجل أجرتها لزوال الجهالة بالتعجيل فى تلك المدة فتكون كالسماء فى العقد . وكل مدة بعد المدة الأولى يبتدىء فيها المستأجر بالانتفاع تصح ولا يكون للمؤجر أن يفسخ العقد فى خلالها الا بعذر . ولكن قبل الابتداء فيها يجوز لكل من المتعاقدين فسخ الاجارة فيما بعد المدة الأولى بشرط اعلام الآخر

ويعتبر الابتداء فى الشهر بالانتفاع الليلة الأولى ويومها وهو المفتى به . ويظهر أنه يعتبر الابتداء فى اليوم بالانتفاع الساعة الأولى . وفى الساعة بالانتفاع اللحظة الاولى

وكل مدة اتفق المتعاقدان عليها فى أجرة غير الوقف تكون معتبرة طالت أو قصرت أما المدة فى الوقف فسيأتى بيانها

واذا ذكرت مدة الانتفاع كان أولها ماعيناه الا اذا كان هناك خيار شرط فمن وقت سقوطه . وان لم يعينا أولها اعتبر وقت العقد مبدأ لها . ثم ان كانت فى أول الشهر اعتبرت بالأشهر اتفاقا . وان كانت فى خلاله فان كانت شهرا واحدا فهى بالأيام اتفاقا باعتباره ثلاثين يوما وان كانت جملة شهور ففى رواية عن الامام أن الشهور تعتبر كلها بالأيام كل شهر ثلاثون يوما . وفى رواية عنه يكمل الشهر الاول من الاخير بالأيام ويعتبر الباقى بالأهلة ومن هذا يعلم أن الزمن عند الاطلاق يقدر بالاشهر الهلالية أو بالسنين الهجرية فان نص على غير ذلك اتبع مانص عليه

وجهالة العمل كأن تقول آجرتك على صنع هذا الخشب شبابيك مثلا بدون ذكر مقاسها ولا كيفية صناعتها مما يكون عدم بيانه داعية النزاع . وعلى هذا فقس . والمنفعة غير المقصودة شرعا كاجارة دابة ليجنبها أو ملابس ليحملها على ذراعه . أو جواهر لتعرضها المستأجرة لا لتلبسها . لان هذه الاجارات وان كان فيها منفعة للستأجر ولكنها غير مقصودة عند العقلاء والشرع حكيم لا يعتبر الا ما كان مقصودا عندهم

والاجارة على المعاصى كاستئجار النادبة للندب . والكدية لدق

الزار أو ماأشبه ذلك من كل مافيه مخالفة للشرع أو فساد للأخلاق

والاجارة على الطاعات كاستئجار شخص آخر ليصلى أو يصوم أو يحج عنه أويقرأ القرآن ويهدى ثوابه اليه. أو يؤذن أو يؤم بالناس أو ماأشبه ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام « أقرؤا القرآن ولا تأكلوا به» وقوله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن العاص «وان اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الآذان أجراً » ولان القربة متى حصلت وقعت عن فاعلها فلا يجوز أخذ الاجرة عليها من غيره ومما هو شائع من ذلك فى بلادنا المصرية الوصايا بالختمات . والتسابيح بأجر معلوم ليهدى ثوابها الى روح الموصى وكل ذلك غير جائز شرعا لان القارىء اذا قرأ لاجل المال فلا ثواب له فأى شىء يهديه الى الميت ؟ وقد نص الفقهاء على أن الاجرة المأخوذة فى نظير عمل الطاعات حرام على الآخذ . والأصل فى ذلك أن كل طاعة يختص بها المسلم لايجوز الاستئجار عليها

ولكن الفقهاء قد استثنوا من هذا الأصل تعليم القرآن والعلوم الشرعية فأفتى المتأخرون بجواز أخذ الاجرة عليه استحسانا بعد أن انقطعت الصلات والعطايا التى كانت تجرى على هؤلاء المعلمين فى الصدر الأول من الموسرين وبيت المال دفعا للحرج والمشقة لأنهم يحتاجون الى مابه قوام حياتهم هم ومن يعولونهم وفى اشتغالهم بالحصول عليه من زراعة أو تجارة أو صناعة اضاعة القرآن الكريم والشرع الشريف بانقراض حملته فجاز اعطاؤهم أجراً على هذا التعليم

وحكم الاجارة الفاسدة أن المنافع فيها لاتملك بالقبض بخلاف البيع الفاسد فان المبيع يملك فيه به والمراد بقبض المنافع الاستيلاء على

العين المستأجرة اذا المنافع لايتصور قبضها لأنها لاتقوم بنفسها

ولا تجب الأجرة اذا فسد العقد الا اذا استوفى المستأجر المنفعة المقصودة باذن المؤجر . أما اذا استوفاها بغير اذنه بأن يكون قد قبض العين المستأجرة من غيره بلا اذنه . أو لم يستوفها أصلا سواء قبضها منه أو من غيره فلا أجر عليه لاعتباره غاصبا للعين المستأجرة ومنافع الغصب غير مضمونة على الغاصب وانما المضمون عليه هو الشيء المغصوب نفسه وضمانه يكون بقيمته يوم قبضه ان كان قيميا وبمثله ان كان مثليا . ومن القواعد المقررة أن « الأجر والضمان لايجتمعان » وقد قالوا أيضا ان المنافع لاقيمة لها فى ذاتها وانما تتقوم بالعقد للضرورة فمتى فسد لاتجب الأجرة

وقال الامام الشافعى ان منافع المغصوب مضمونة لان لها قيمة فى ذاتها كما للأعيان لأنها لو لم تكن كذلك لما كان لها مقابل ولما تفاوتت أجر الأشياء

ثم ان كان الفساد بسبب جهالة الأجرة أو عدم تسميتها أصلا واستوفى المستأجر المنفعة بالاذن وجبت أجرة المثل بالغة مابلغت وان كان بسبب آخر وجب الاقل من المسمى وأجر المثل فمثلا لو أجر داره شهرا بعشرة جنيهات بشرط أن يقرض المستأجر المؤجر أو غيره عشرة جنيهات أخرى فسدت الاجارة . ثم ان كانت قيمة الدار خمسة عشر جنيها فلا يجب الا المسمى لرضاهما به وان كانت ثمانية فهى الواجبة فقط لفساد التسمية بفساد العقد

(الاجارة المطلقة وغير المطلقة وحكم كل)

الاجارة المطلقة وحكمها

الاجارة المطلقة هى ما صدرت بصيغة مجردة عن الاقتران بالشرط أو التعليق عليه . أو الاضافة الى الزمن المستقبل

وحكمها أنها متى استوفت شرائطها تفيد الملك فى البدلين لكل من المتعاقدين آنا فآنا كما سبق فى الاجارة اللازمة

الاجارة المقترنة بالشرط والمعلقة على الشرط والمضافة الى الزمن المستقبل وحكم كل

الاجارة المقترنة بالشرط هى ما صدرت أولا بصيغة مطلقة ثم أعقبت بشرط يلتزم به أحد المتعاقدين للآخر زيادة عن البدل . والشرط ثلاثة أقسام : صحيح . وفاسد . وباطل . وقد سبق بيان كل فى كتاب العقود والتصرفات

وحكم الاجارة المقترنة بأحد هذه الشروط كحكم البيع فى جميع ما ذكر فى اقترانه بالشرط

والاجارة المعلقة على شرط هى ما جعل حصولها مرتبطا بحصول شىء آخر بأداة من أدوات التعليق

وحكمها كحكم البيع المعلق على الشرط فى جميع أحواله

والاجارة المضافة الى الزمن المستقبل هى التى لم يقصد ترتب حكمها الا عند حلول الزمن المضاف اليه العقد

وحكمها أنها تصح وتنعقد سبباً فى الحال لملكية البدلين لكن يتأخر حصولها بالفعل الى الزمن المعين

(مايرد عليه عقد الاجارة)

عقد الاجارة اماأن يردعلى العمل كاستئجار الآدمى للخدمة والعمل ويسمى مبحث الاجير : واما أن يرد على منافع الاعيان المالية . وهذه الاعيان اما أن تكون منقولا . أو عقارا . والمنقول اما أن يكون حيوانا . أو غير حيوان . والعقار اما أن يكون مملوكا . أو موقوفاوكل منها اما أن يكون مبنيا . أو غير مبنى : الغير المبنى اماأن يكون مزارع أو غيرها . واليك بيان كل

(مبحث الأجير)

يشتمل هذا المبحث على : تعريف الاجير . وأقسامه . وأحكام كل قسم . والعمل الملتزم به . وحبس العين بعد العمل لاستيفاء الاجرة : واجارة الظئر : وأجرة الدلال : والاجارة المترددة بين شيئين أو ثلاثة أشياء

تعريف الاجير

الاجير هو من يلتزم لغيره بأداء عمل معلوم بأجر معلوم

ومعلومية العمل تكون ببيان المدة التى يعمل فيها الاجير أو بتعيين مقدار العمل وكيفيته تعيينا تاما : ومعلومية الاجرة تكون ببيان نوعها وقدرها حسب التفصيل الآتى

أقسام الأجير

الأجير قسمان : أجير مشترك . واجير خاص

فالاجير المشترك هو الذى يعمل لا لشخص معين ولا لأشخاص معينين : أو يعمل لمعين أو معينين عملا غير مؤقت : أو يعمل عملا مؤقتا بلا اشتراط التخصيص بحيث لا يتعذر عليه أن يعمل للغير فمثلا لو استأجر انسان نجاراً لصنع شبابيك وأبواب داره ولم يشترط عليه ألا يشتغل لغيره سمى هذا النجار أجيرا مشتركا سواء حدد له وقتا يتمم فيه العمل أولا وسواء فى دار المؤجر أو فى غيرها

ويعتبر أجيراً مشتركا . الطبيب . والمحامى . والمهندس . والمقاول والنجار . والنداف . والحمال . والملاح . والحائك : والخياط . والصباغ والقصار . والراعى . والحجام . والبناء . والحفار . وماشابه ذلك من كل من يعمل لا لمعين الا اذا اشترط التخصيص على المستأجر فيعتبر أجيراً خاصا

والاجير الخاص هو من يعمل لواحد أو أكثر عملا مؤقتا مع اشتراط التخصيص على من استأجره كاستئجار الطباخ مدة شهر بمبلغ كذا ليطبخ فى منزله خاصة . ولكل من الأجير المشترك والاجير الخاص أحكام تخصه واليك بيانها

(أحكام الاجير المشترك)

عقد الاجارة مع الاجير المشترك وارد على العمل فهو لايستحق الاجرة الا على ما يعمله حسب التفصيل الآتى وهو

اذا كان الأجير يشتغل فى غير دار المستأجر فلا يستحق الأجرة الا اذا أتم العمل كله على الصورة المتفق عليها . واذا كان يشتغل فى دار المستأجر استحق أجرة كل جزء يتم عمله على الصفات المشروطة لاعتبار المستأجر قابضا له حكما فتحقق المساواة بين المتعاقدين باستحقاق أجرته ويترتب على اعتبار ما تم من العمل مقبوضا أنه اذا هلكت العين بعد تمام صنعها فى دار المستأجر استحق الأجير الأجرة ولا ضمان عليه

هـذا كله اذا لم تكن الاجرة مقيدة بشروط فان كانت مقيدة بها وكان العقد منجزا اتبعت الشروط ويترتب على ذلك أنه اذا اشترط تعجيل الأجرة صح الشرط وكان للأجير أن يمتنع عن العمل حتى يستوفيها وان كانت مؤجلة أو منجمة فلا يستحق شيئا منها الا عند حلول الاجل ولو أتم العمل قبله

حكم هلاك ما بيد الاجير المشترك

اذا هلك ما بيد الاجير المشترك فلا يخلو من أن يكون الهلاك بفعل الاجير أولا وان كان بفعله فاما أن يكون بتعد أو بدون تعد وان كان بغير فعله فاما أن يمكن الاحتراز عنه أولا

فان كان الهلاك بفعله سواء كان بتعد أو بدون تعد فعليه الضمان اتفاقا . وان كان بغير فعله وكان لا يمكن الاحتراز عنه كالسرقة التى لا يستطيع دفعها فلا ضمان عليه اتفاقا وان كان يمكن الاحتراز عنه فقال الامام أبو حنيفة عليه الضمان مطلقا أى سواء كان الاجير مصلحاً وهو من يعنى بالمحافظة على مال الغير أو غير مصلح . وقال الصاحبان

يضمن مطلقا. وافتى المتأخرون بالصلح على نصف القيمة مطلقا. وفصل بعض الفقهاء فقال ان كان مصلحا فلا ضمان عليه. وان كان غير مصلح ضمن. وان كان مستورا فالصلح ولو جبرا عليه قياسا على من استأجر سفينة مدة معينة وانتهت المدة قبل الوصول الى الشاطىء فان المؤجر يجبر على امتدادها حتى يصل اليه

ويتفرع على ما ذكر أنه اذا عثر الحمال فهلك المتاع الذى يحمله ضمنه. واذا ساق المكارى الدابة الحاملة للمتاع فعثرت وهلك الحمل فانه يضمن أيضا ولو كان المستأجر سائراً مع المكارى أو الحمال. ولصاحب المتاع الخيار بين أن يضمن الحمال أو المكارى القيمة فى المكان الذى ابتدأ الحمل فيه ولا أجر عليه أو فى مكان الهلاك وعليه أجرة المسافة التى قطعها بحسابها. ولكن لا يضمن الحمال اذا زاحمه الناس فهلك مايحمله أما اذا زاحم الناس فهلك ضمن

وعلى الحمال أن يدخل المتاع فى دار المستأجر وليس عليه الصعود به الى المحل الذى يوضع فيه

ماتعلم به أجرة الاجير المشترك

أجرة الاجير المشترك يجب بيانها فى العقد أو فى مجلسه بيانا تاما نافيا للجهالة الفاحشة المؤدية الى النزاع. وبيانها يكون بأحد الامور الآتية:

أولا ـ تسمية الاجرة يوميا ولو لم يبين مقدار العمل الذى يعمله فيه

ثانيا ـ تسمية أجرة كل ذراع أو متر أو نحوها ان كان المصنوع من المقدرات

ثالثا ـ تسمية أجرة جميع العمل سواء كان العمل المصنوع من المقدرات أو من غيرها . ثم ان كان العمل من المقدرات كبناء التزم به المقاول يجب لصحة المقاولة بيان مقداره طولا وعرضا وسمكا وأن تكون الادوات ومواد البناء من طرف المستأجر فان كانت من الصانع فسد العقد ويكون للصانع اذا أتم العمل أجرة المثل وما صرفه فى ثمن المواد والادوات

واذا تعهد العامل أو المقاول بأن يعمل بنفسه لا يجوز له أن يوكل غيره فى العمل ولا أن يعطيه بالمقاولة لغيره فان فعل ذلك فلا أجر له وان لم يتعهد بالعمل بنفسه جاز له ذلك ولكن ليس للعامل أو المقاول الثانى طلب شىء من المستأجر الا اذا وكله العامل أو المقاول الاول بذلك أو أحاله عليه

ويجوز استئجار مهندس لعمل رسم أو مقايسة أو لمباشرة ادارة العمارة بأجرة معينة فان لم يتعين كان له أجر المثل . واذا كان المقاول هو الذى عمل ذلك فله أجرة خاصة عليه

(أحكام الأجير الخاص)

عقد الاجارة مع الاجير الخاص وارد على المدة لا على العمل ويترتب على ذلك أنه يستحق الاجرة فى المدة المحددة بتسليم نفسه فيها ولو لم يعمل مع قدرته على العمل فان لم يكن قادراً عليه فلا أجر له . ولهذا يشترط بيان المدة التى يعمل فيها بيانا تاما نافيا للجهالة الفاحشة كما يشترط بيان العمل . ولكن اذا ذكرت المدة أولا والعمل ثانيا كان أجيرا خاصا ولو لم يشترط التخصيص لأن العقد ورد على المدة

وذكر العمل لبيان محل العقد . وان كان العكس اشترط التخصيص لوروده على العمل . ولايجوز للأجير أن يعمل لغير مستأجره في مدة الاجارة فان عمل لغيره فيها نقص من أجرته بنسبة مايقابل عمله للغير . ولا يجوز له أن يشتغل بغير مااستؤجر لأدائه سوى الصلوات المفروضة

واذا هلك مافي يده بدون تعديه فلا ضمان عليه سواء كان الهلاك يمكن الاحتراز عنه أم لا لأنه أمين على مال المستأجر ويده كيده

ولا يجب على المخدوم اطعام خادمه وكسوته الا اذا جرى العرف بذلك فيطعم ويكسى من أوسط مايأكل ويلبس أمثاله

(العمل الملتزم به)

العمل اما أن يلتزم به واحد أو أكثر . فان كان الملتزم به واحدا كان هو المطالب باتمامه بالصفة المبينة في العقد بالأجرة المتفق عليها واذا كان الملتزم به أكثر من واحد كشريكين في شركة تقبل وهى الشركة بالأعمال الآتي بيانها في كتاب الشركة فانه يجوز لصاحب العمل أن يطلب ايفاءه من أيهما أراد ويجبر كل منهما على ايفائه ومتى أوفاه أحدهما برىء الآخر واذا سلماه لصاحبه جاز لكل منهما أن يطالبه بأجرته ويبرأ اذا أداها الى واحد منهما . ومتى وجد المستأجر الشيء المصنوع موافقا للصفات المبينة في العقد وجب عليه أخذه وأداء أجرته المتفق عليها وليس له الامتناع عن قبوله بأى عذر كان فان وجد العمل مخالفا للوصف المعين في العقد كان مخيرا بين أخذه وأداء الأجرة المعينة وبين تركه للعامل بقيمته ان كان لايمكن نقضه واعادته وألزم

بعمل غيره وان كان يمكن اعادته كما كان بلا ضرر أعاده.وعلى كل حال فلايجوز للاجير أن يطلب زيادة الاجرة عن المتفق عليه .ولالصاحب العمل أن يطلب تنقيص شيء منها

(حبس العين بعد العمل لاستيفاء الاجرة)

العمل اما أن يكون للعامل فيه أثر ظاهر أم لا وعلى كل فاما أن تكون الاجرة حالة أومؤجلة

فان كان للعامل أثر ظاهر فيه كالنجارة وكانت الاجرة حالة جاز للعامل حبس العين عن تسليمها لصاحبها حتى يستوفى الاجرة ويترتب على ذلك أنه اذا هلكت العين عنده بدون تعد فلاضمان عليه ولاأجر له . وان كانت الأجرة مؤجلة فليس له حق حبسها فان حبسها فهلكت فعليه الضمان

واذا كان العمل لاأثر له كالحمل ونحوه فليس له حق حبس العين لاستيفاء الأجرة سواء كانت حالة أم مؤجلة فان حبسها وتلفت ضمن قيمتها وكان صاحبها بالخيار بين أن يضمنه قيمتها محمولة وعليه الاجرة وبين أن يضمنه اياها غير محمولة ولا أجر عليه . واذا انتهى الحمال الى المحل المقصود ووقع الحمل منه بدون تعدية ولا اهماله وتلف فله الاجر ولا ضمان عليه لانه بانتهائه اليه قد أتم ما التزم به فيعتبر بعد ذلك أمينا على مابيده حتى يأخذه صاحبه

(اجارة الظئر)

الظئر هي المرأة التى تستأجر للارضاع ويجوز استئجارها لذلك

استحساناً لقوله تعالى (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن)

لأن الحاجة ماسة اليها والقياس عدم جوازها لانها واردة على استهلاك اللبن والاجارة على استهلاك الأعيان لاتجوز

ويشترط عند الصاحبين أن تكون الأجرة معلومة علما نافيا للجهالة الفاحشة المؤدية الى النزاع . ولهذا لايجوز عندهما استئجارها بالاكل والكسوة لجهالة الاجرة جهالة تفضى الى المنازعة · وقال الامام يجوز استئجارها بهما لأن العادة جرت بالتوسعة على الظئر شفقة على الرضيع فلا يحصل النزاع

واذا اشترط على الظئر أن ترضع الطفل بنفسها وجب العمل بالشرط فلو خالفته وأرضعت الطفل من غيرها فلا أجر لها. وان لم يشترط ذلك فأرضعته من غيرها استحقت الأجرة

ولزوجها الحق فى فسخ عقد الاجارة اذا كانت الزوجية ثابتة بغير اقرارهما فان كانت غير ثابتة أصلا أو ثبتت باقرارهما فلا يكون له الحق فى الفسخ

وللمستأجر الفسخ أيضا بسبب موجب له كما اذا أجاعت الطفل أو كانت قذرة أومرضت مرضاً يؤثر على صحة الرضيع أو نحو ذلك

واذا انتهت المدة فاما أن يكون قد حان وقت الفطام. أو لا. واذا كان لم يحن فاما أن يوجد غيرها أولا . وان وجد غيرها فاما أن يقبل الرضيع ثديها أو لا

فان كان قد حان وقت الفطام فالأمر ظاهر . وان لم يحن ووجد غيرها وقبل الرضيع ثديها فلا تجبر الأولى على ارضاعه ، واذا لم يوجد

غيرها . أو وجد ولكن الرضيع لم يقبل ثديها أجبرت على ارضاعه الى وقت الفطام حفظاً لحياة الرضيع

وينفسخ عقد اجارة الارضاع بموت الظئر أو الرضيع ولا ينفسخ بموت غيرهما

(أجرة الدلال)

أجرة الدلال الذى يبيع بنفسه على البائع وحده لأنه اشتغل لمصلحته خاصة فاذا سعى بين المتبايعين فباع المالك بنفسه اتبع العرف والجارى عليه العمل الآن فى مصر تنصيفها بين المتعاقدين

واذا عين المالك للدلال ثمناً فباع بأكثر منه فالزيادة للمالك وليس للدلال سوى أجرته واذا باع بأقل توقف نفاذ البيع على اجازه المالك فان أجازه نفذ واستحق الدلال الأجرة والا بطل ولا أجر له

واذا استحق ما باعه الدلال أورد على مالكه بخيار عيب مثلا استحق الاجرة فله طلبها ان لم يكن أخذها ولا تسترد منه ان كان أخذها لأنه أدى ما طلب منه وهو البيع

(الاجارة المرددة بين شيئين أو ثلاثة أشياء)

الاجارة المرددة بين شيئين أو ثلاثة أشياء جائزة وهى نظير خيار التعيين فى البيع وصورة هذه الاجارة أن يقول المستأجر للصانع ان خطت هذه الكسوة بيدك فبجنيه وان خطتها بواسطة غيرك فبنصفه أو يقول للمؤجر استأجرت منك هذه الدار شهراً بعشرة جنيهات أو

هذه بخمسة عشر . أو هذه العربة الى الاهرام بخمسين قرشا . أو الى الجيزة بعشرين . أو يقول المستأجر استأجرت منك أحد هذه الاشياء الثلاثة على أن الابيض بكذا . والاحمر بكذا .والاصفر بكذا . ولك الخيار فى تعيين أيها شئت . أو يقول المؤجر أجرت لك الخ المثال المذكور ويجعل الخيار للمستأجر . ولاتجوز اجارة أحد أربعة أشياء أو أكثر لان الثلاثة تشتمل على الجيد والمتوسط والردئ . ومدة التعيين ثلاثة أيام على القول المفتى به حسبما مر فى خيار التعيين

ويستحق المالك الأجرة المقابلة لما يختار من هذه الاشياء وينتفع به فى جميع الصور

(اجارة الدواب والعربات للركوب والحمل)

تجوز اجارة الدواب والعربات للركوب والحمل بشرطين :

الاول — تعيين المحل المراد الوصول أو الايصال اليه . أو المدة المراد الركوب أو الحمل فيها

الثانى — بيان مقدار مايراد حمله وقيل لايلزم وينصرف الى المعتاد. أو تعيين من يريد الركوب لانه يختلف باختلاف الاشخاص فان كان مايراد حمله حاضرا فى مجلس العقد فبيانه يكون بالاشارة اليه فان كان غير حاضر يكون ببيان نوعه وقدره ووصفه بيانا تاما

ومتى تم عقد الاجارة على الدواب والعربات سواء كانت للركوب أو الحمل مستوفيا شرائطه كان لكل من المؤجر والمستأجر حقوق قبل الآخر وعليه واجبات

حقوق المؤجر وواجباته

أما حقوق المؤجر فهى :

(١) ـ أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفى الاجرة المشترط تعجيلها فى الاجارة المنجزة

(٢) ـ أن يطالب بها اذا استوفى المستأجر المنفعة أو تمكن من الانتفاع ولو لم ينتفع اذا كانت الاجارة صحيحة

(٣) ـ أن يضمن المستأجر القيمة اذا هلكت الدابة أو العربة بالتعدى

وأما واجباته فهى :

ـ تسليم العين المؤجرة فى الاجارة المطلقة عقب العقد . وعند حلول الاجل فى المضافة الى الزمن المستقبل . وباستيفاء الاجرة المشروط تعجيلها

(٢) ـ أن يضمن سلامتها من العيوب المخلة بالانتفاع

(٣) ـ أن يضمن عدم التعرض للمستأجر فى المدة المعينة فى العقد سواء كان التعرض بحق أو بغير حق فان لم يقم بهذه الواجبات فلا أجر له الا اذا كان التعدى من غير المؤجر وأمكن أن يدفعه المستأجر بدون مغرم ولا مشقة فانه يجب عليه دفع تعديه ولا تسقط عنه الاجرة اذا قصر

حقوق المستأجر وواجباته

أما حقوق المستأجر فهى

(١) ـ أن يطالب المؤجر بتسليمه العين المستأجرة عقب العقد المطلق

أو عند حلول الزمن المضافة اليه الاجارة . أو دفع الاجرة المشترط تعجيلها ، ويجبر المؤجر على تسليمها

(٢) ـ أنه اذا تسلم العين المستأجرة للحمل جاز له أن يركبها ما لم يكن الركوب أضر من المشروط حمله واذا استأجرها للركوب لايجوز له أن يحملها لان العرف يقضى بما ذكر . فان وجد عرف يخالفه اتبع

(٣) ـ أن ينتفع الانتفاع المشروط ، أو ما يساويه ، أو ما هو أخف منه فى الضرر ، فان فعل ذلك فهلكت الدابة أو العربة فلا ضمان عليه لأن الرضا بضرر معلوم يتضمن الرضا بما يساويه أو ما هو أخف منه أما اذا خالف الى ما هو أشد ضررا فهلكت فعليه الضمان

(٤) ـ أنه اذا هلكت الدابة أو العربة فى أثناء الطريق وكان الذي اختارها له هو المؤجر كان للمستأجر أن يجبره على استحضار غيرها ، فان كان المستأجر هو الذى اختارها فلا جبر له عليه ولزمته أجرة المسافة التى قطعها ، واذا تعبت الدابة قبل الوصول الى المحل المعين فالحكم كما ذكر ولكن فى صورة ما اذا كان المستأجر هو الذى اختارها يكون له الخيار بين الانتظار حتى تستعيد قوتها ليصل بها وبين فسخ العقد ودفع أجرة المسافة الماضية

وأما واجباته فهى :

(١) ـ أن يعنى بحفظ ما استأجره عناية تامة كعنايته بأملاك نفسه اذا كان قد تسلمها من صاحبها أما اذا كان المؤجر هو الذى يقود الدابة أو العربة كما هو حاصل الآن فى مصر فان الحفظ يكون واجبا عليه

(٢) ـ ألا يزيد فى تحميلها عن المقدار المتفق عليه ، قلت الزيادة أو

كثرت فان زاد عنه بأن اشترط تحميل الدابة أردبا قمحا فحملها أردبا ونصفا أو تحميل العربة عشرة أرادب فحملها خمسة عشرة فهلكت الدابة أو العربة ينظر : فان كان الهلاك بسبب الزيادة بأن كانت الدابة أو العربة لاتقوى على حمله ضمن المستأجر كل قيمتها . وان كان الهلاك ليس بسببها بأن كان كل منهما يقوى على حمله عادة ضمن من قيمتها بنسبة مازاده لانه غير مأذون فيه فيضمن من القيمة مايقابله . هذا كله اذا كان من يحملها هو المستأجر فان كان هو صاحبها فلا ضمان لان تحميل الكل صار مأذونا فيه . وعليه الاجرة فى الصورتين لانه حملها المشروط ولا يجتمع الاجر والضمان الا فيهما

(٣) ـ ألا يحملها غير ما اتفقا عليه بالمرة مما هو أشد ضررا فان فعل ذلك فهلكت الدابة أو العربة ضمن جميع قيمتها ولو كان أقل وزنا من المشروط ولا أجر عليه لانه بالمخالفة اعتبر غاصبا ومنافع الغصب غير مضمونة وانما المضمون أعيانه . ويعتبر المستأجر مخالفا الى ماهو أشد ضررا اذا اشترط تحميل الدابة أردبا قمحا فحملها وزنه أو أقل منه حديدا أو نحاسا أو حجارة أو نحوها من الأشياء الصلبة التى لاتنفرش لانها ترتكز على جزء صغير من ظهر الدابة فتؤذيه بخلاف القمح فانه ينفرش على ظهرها فلا يؤذيه . وكذلك يعتبر الضرر أشد من المشروط اذا حملها بدل القمح تبنا أو قطنا أو نحوهما من الاشياء التى تنفرش اذا تجاوز انفراشها المحل المعتاد للحمل

(٤) ـ ألا يتجاوز بها المحل المعين بلا اذن صاحبها الا بمقدار مايتسامح فيه الناس ويرجع فى تقديره الى العرف

(٥) — ألا يذهب بها الى محل آخر

(٦) — ألا يذهب بها الى المحل المعين من طريق أكثر مشقة من الذى عيناه فى العقد

(٧) — ألا ينتفع بها أكثر من المدة التى استأجرها فيها

(٨) — ألا يضربها ولا يكبحها بلجامها ولا يسير بها فوق المعتاد

وعلى العموم فيجب على المستأجر ألا يخالف المشروط أيا كان نوعه مخالفة مضرة فان لم يكن هناك شروط انتفع الانتفاع المعتاد فان تجاوزه فهلكت الدابة أو العربة فعليه الضمان

هذا كله اذا كان هناك عقد اجارة معترف به من الطرفين فان لم يكن هناك عقد أصلا بأن استعمل انسان دابة غيره أو عربته للركوب أو الحمل بدون عقد ينظر : فان كانت معدة للاستغلال كدابة أو عربة المكارى فعليه الاجر لان العادة جرت بركوب الشخص الدواب والعربات المعدة للكراء بلا عقد مع رضاه بدفع أجر المثل . وان كانت غير معدة للاستغلال فلا أجر عليه الا اذا كانت ليتيم أو لبيت المال ومما ذكر يعلم أن المعد للاستغلال لا يختص بالعقار

(اجارة الدور والحوانيت)

الكلام على اجارة الدور والحوانيت يشتمل على المباحث الآتية (١) مايجوز للمستأجر من الانتفاع (٢) حكم الاجارة اذا تعيب البناء فى المدة (٣) التعدى على المستأجر (٤) الانتفاع بلا عقد اجارة . واليك بيان كل

ما يجوز للمستأجر من الانتفاع

تجوز اجارة الدور والحوانيت بدون بيان ما يعمل فيهـا ومن يسكنها وينصرف استعمالها الى العرف فان كان العرف يقضي باستعمالها للسكنى فلا يصح استعمالها لغـيره كمصنع . أو متجر . ثم ان كانت الاجارة منجزة وجب على المؤجر تسليم الدار أو الحانوت مفرغا من متاعه . وان كانت مضافة الى الزمن المستقبل فلا يجب ذلك الا عند حلول الاجل وحينئذ لا يخلو الحال من أن يكون كل من الدار والحانوت كما كان عليه وقت العقد . أو يكون كل منهما قد تغير عن ذلك الوقت تغيرا يخل بالانتفاع . فان كان الأول وجب على المستأجر تسلم ما استأجره منهما . وان كان الثاني فله الخيار بين امضاء العقـد وفسخه ولو كان التغير المخل بالانتفاع يسيراً

والانتفاع الجائز للمستأجر هو عين ماقدر له في العقد أو ما يماثله أو ماهو دونه وليس له أن يتجاوزه الى ماهو فوقه . فان لم يقدر انتفاع مخصوص جاز له أن ينتفع بما لايترتب عليه ضرر للغير ولا وهن للبناء ويتفرع على ذلك أنه يجوز للمستأجر أن يسكن وحده الدار وأن يسكن معه غيره فيها . وأن يعيرها أو يؤجرها بمثل الاجرة التي استأجرها بها أو أقل أما اذا كانت بأكثر فيشترط لصحة الاجارة أن تكون الاجرة الثانية من غير جنس الاولى فان كانت من جنسها فلا تصح الا اذا كان المستأجر قد صرف على اصلاح الدار شيئا من ماله لتكون الزيادة في مقابلة ماصرفه

وقال الامام الشافعي ان الاجارة تصح مطلقا سواء كانت الاجرة

الثانية من جنس الاولى أو من غير جنسها وسواء كانت مساوية لها أو أكثر منها أو أقل

ثم اذا أجرها المستأجر ينظر: فان كانت المدة الثانية مساوية للمدة الاولى أو أقل منها نفذت الاجارة مطلقا سواء كان مأذونا فيها أولا لانها من حقوقه وان كانت المدة الثانية أكثر من الاولى فان كانت بغير اذن المالك نفذت فى المساوية وتوقفت فى الزائدة على الاجازة فان أجازها نفذت والا بطلت. وان كانت باذنه نفذت فى الجميع. ومادامت مدة المستأجر الاول ممتدة فلا يجوز للمالك قبض الاجرة من المستأجر الثانى الا بأن يحيله الاول عليه أو يوكله بقبضها منه أما بعد انقضائها فله قبضها لان المستأجر الاول صار أجنبيا

حكم الاجارة اذا تعيب البناء فى المدة

اذا تعيب بناء الدار أو الحانوت بعد عقد الاجارة فلا يجبر المالك على اصلاحه لان الانسان لايجبر على اصلاح ملك نفسه. ومتى حصل التعيب فلا يخلو الحال من أن يكون قد حصل قبل القبض أو بعده وعلى كل فاما أن يفوت بالعيب كل النفع المقصود. أو بعضه. أو لايفوت به شىء. فان كان يفوت به كل النفع المقصود بطلت الاجارة سواء كان حدوثه قبل القبض أو بعده. وفى هذه الحالة لاتجب الاجرة من وقت حدوث العيب سواء كان المؤجر موجودا أو غائبا. وان كان يفوت به بعض النفع المقصود يكون المستأجر بالخيار بين الانتفاع بالاجر المسمى وبين فسخ العقد سواء كان قبل القبض أو بعضه. ولكن فى

حالة ما اذا كان بعده لايكون الفسخ معتبرا الا بحضور المالك . أو علمه بالفسخ بأية واسطة . فان كان غائبا ولايمكن اخباره . أو كان مريضا مرضا يجعله غير أهل للتصرفات أو ممنوعا بسببه من مقابلة الناس أو ماشابه ذلك من الاعذار . أو لم يحضر عنادا . فان القاضى يقيم عنه وكيلا ليحكم بفسخ العقد فى مواجهته . ولاتسقط الاجرة الااذاانفسخ العقد بالتراضى أو بالقضاء وما لم ينفسخ فالاجرة على المستأجر ولو لم يستوف المنفعة . ولكن اذا أزال المالك العيب عقب حدوثه فلاخيار للمستأجر . وان كان العيب لايفوت به شىء من المنفعة المقصودة

كسقوط شىء من الطلاء أو حائط ليس فى سقوطها ضرر فان حدث ذلك قبل القبض كان المستأجر بالخيار بين الاخذ والفسخ . وان كان بعده فلا خيار له بل يلزم بالاجرة فى المدة الباقية

واذا أراد المالك اجراء عمارة فى الدار المؤجرة فان كانت للصيانة والحفظ من الهلاك فلا يجوز للمستأجر منعه منها واذا تضرر باجرائها كان له الحق فى فسخ العقد وان كانت العمارة لغير ذلك جاز له منعه

واذا عمرها المستأجر من مال نفسه فلا يخلو الحال من أن يكون ذلك باذن المالك أو القاضى . أو بغير اذن . وان كان بالاذن فاما أن تكون العمارة لصيانة البناء وتوابعه من الهلاك أو لغير ذلك كالنظافة والزخرفة . وعلى كل فاما أن يشترط الرجوع بما ينفقه أولا . فان كانت العمارة بالاذن وكانت للصيانة كان للمستأجر الرجوع على المالك بما انفقه سواء اشترط الرجوع عليه أولا . وان كانت بالاذن ولكنها للنظافة والزخرفة فان اشترط الرجوع على المالك رجع بما أنفقه والا فلا رجوع له.

واذا كانت بغير اذن فلا رجوع له مطلقا لانه يكون متبرعا بما أنفقه

وعلى كل حال فلا يجوز للمستأجر أن يغير شيئا من أوضاع الدار أو الحانوت بدون اذن المالك

(التعدى على المستأجر)

اذا تعدى شخص على المستأجر ومنعه من الانتفاع بالدار أو الحانوت كلا أو بعضا فلا يخلو من أن يكون المتعدى هو المالك أو غيره

فان كان هو المالك بأن منع المستأجر من الانتفاع بما استأجره أجبره الحاكم على اعادته اليه بطلب المستأجر ان كان قائما فان كان قد هدم منه شيئا أو أحدث به عيبا يفوت به النفع المقصود كان المستأجر بالخيار بين فسخ العقد وبين السكنى فى الباقى بما يقابله من الاجرة وان كان قد هدمه كله بطلت الاجارة

وان كان المتعدى هو غير المالك فلا يخلو الحال من أحد شيئين :

الاول - أن يكون المستأجر قادراً على دفع المتعدى بلا انفاق مال وحينئذ يجب عليه دفعه واسترداد ما اغتصبه فان قصر لزمته الاجرة

الثانى - ألا يكون قادرا أصلا على دفعه واسترداد ما اغتصبه . أو يكون قادرا ولكن بانفاق مال . وحينئذ لايجب عليه دفع تعديه وتسقط عنه الاجرة فى مدة الغصب . وكون الاجرة تجب على المتعدى أولا تجب يعلم حكمها مما سيأتى

(الانتفاع بلا عقد اجارة)

اذا سكن شخص دارا أو انتفع بحانوت بلا عقد ولا اذن من المالك فلا يخلو الحال من أن يكون كل منهما وقفا . أو ملكا . واذا كان ملكا فاما أن يكون ليتيم أو لبيت المال واما أن يكون لغيرهما

فان كان كل منهما وقفا أو ملكا ليتيم أو لبيت المال وجب على المنتفع أجر المثل سواء كان كل منهما معدا للاستغلال أو لا . وسواء كان المنتفع مرتهنا لدار اليتيم أو حانوته أو لا . والمعد للاستغلال هو مابنى للكراء كالفنادق والحوانيت وبعض الدور . أو بنى فى الأصل لغيره ولكنه استؤجر ثلاث سنين . فان كان كل من الدار والحانوت مشتركا بين المنتفع والوقف . أو بينه وبين اليتيم أو بيت المال فعليه أجرة نصيب الوقف واليتيم وبيت المال

وان كانت الدار أو الحانوت غير وقف أو ملك ليتيم أو لبيت المال وكان المنتفع مرتهنا لما انتفع به منهما أو شريكا فيه فلا أجر عليه لانه سكن بتأويل عقد فى صورة الرهن وبتأويل ملك فى صورة الشركة سواء كان كل منهما معدا للاستغلال أو لا : لان الملك المشترك يجعل فى حق السكنى كأنه مملوك لكل من الشريكين حتى يمكن الانتفاع به وليس للشريك الآخر أن يسكن مثل ماسكن شريكه بل له أن يطلب من القاضى افراز نصيب كل منهما . أو قسمة المنافع بينهما فى المستقبل

وان كانت الدار أو الحانوت غير وقف ولا ملك ليتيم ولا لبيت

المال ولم ينتفع مرتهنا ولا شريكا فبالنسبة للحانوت يجب أجر المثل لانه معد للاستغلال بأصل وضعه عادة وبالنسبة للدار ينظر : فان كانت معدة للاستغلال وجب الاجر المذكور أيضا اذ العادة جرت بسكنى ماذكر بدون عقد ويعتبر الساكن راضيا بدفع أجر المثل ولا يقبل منه ادعاء الاغتصاب وان لم تكن معدة للاستغلال فلا تلزمه الاجرة الا بتوفر ثلاثة شروط (١) أن يعترف الساكن بملكية صاحبها لها (٢) أن يطالبه المالك بالاجرة (٣) ألا يمتنع عن الاداء فان اختل شرط منها فلا أجر عليه لاعتباره غاصبا ومنافع الغصب غير مضمونة وقد سبق بيان ذلك . ومثل الدار فى الحكم الحانوت الذى بناه صاحبه ليتجر هو فيه

(اجارة الاراضى)

الاراضى اما أن تكون زراعية أوغير زراعية وهذه اما أن تكون صالحة للبناء والغراس أو لاحدهما أو غير صالحة لشئ منهما . وجميع هذه الاقسام يصح استئجاره مادام صالحا للانتفاع به الانتفاع المقصود شرعا واليك بيان كل

(اجارة الاراضى للزراعة)

يشترط لصحة اجارة الاراضى للزراعة أن يبين المتعاقدان مايزرع فيها أو يطلق المؤجر الحرية للمستأجر فى زراعة مايشاء حتى يرتفع النزاع اذ بعض الزرع يفيد الارض وبعضه يضرها . واذا استأجر

شخص أرضا سنة اجارة مطلقة أى بدون بيان مايزرع فيها جاز له أن يزرعها زرعين شتويا وصيفيا الا اذا كان عرف البلد يقضى بخلافه فيتبع
واذا كانت الارض وقت العقد خالية من الزراعة أو بها زرع مستحق الحصاد جاز أن تكون الاجارة منجزة أو مضافة الى الزمن المستقبل
وان كان بها زرع لم يبد صلاحه فلا يخلو الحال من أن تكون لنفس المستأجر أو لغيره . وعلى كل فاما أن يكون مزروعا بحق أو بغير حق
فان كان الزرع المستأجر صحت الاجارة سواء كانت منجزة أو مضافة الى الزمن المستقبل وسواء كان الزرع قد زرع بحق أو بغير حق
وان كان الزرع لغير المستأجر فلا يخلو من أن يكون لمالك الارض أو لغيره وهذا الغير اما أن يكون قد زرع بحق كاستئجار واستعارة . أو بغير حق كاغتصاب
فان كان للمالك فلا تصح الاجارة الا مضافة الى وقت الحصاد وكذلك اذا كان لغيره وكان قد زرع بحق أما اذا زرع بغير حق فان الاجارة تصح منجزة لان منافع الغصب لاقيمة لها فيقلع الزرع وتسلم الارض للمستأجر خالية جبرا على المغتصب
ولما كان الغرض من الاجارة هو الانتفاع بالعين المستأجرة كان مايوصل اليه داخلا فى العقد تبعا فيدخل فى اجارة الاراضى للزراعة حقوق الارتفاق كالشرب والطريق الخاصين والمجرى والمسيل لان الانتفاع يتوقف عليها بخلاف البيع لان الغرض منه الملكية وهى لاتتوقف على الحقوق . واذا امتنع المؤجر عن تسليم شىء من الحقوق المذكورة للمستأجر أو منعه من الانتفاع فلا يستحق الاجرة وكذلك

لايستحق الاجرة اذا طغت المياه على الارض قبل زرعها فاستبحرت ولم يمكن زرعها أو انقطع عنها الماء فلم يمكن ريها . أما اذا كان طغيان الماء أو انقطاعه بعد الزراعة وجبت الاجرة فى المدة الماضية لان المعقود عليه هو الزرع وقد وجد ولو لم ينتفع به المستأجر ثم ان كان يمكن زرعها فى المستقبل من جنس الزرع الاول أو أخف منه ضرراً فلا حق للمستأجر فى فسخ الاجارة والا فله فسخها

(اجارة الاراضى للبناء والغراس وغيرهما)

تصح اجارة الاراضى للبناء والغراس وغيرها كحرق الطوب والحجارة والخزف وغيرها ومتى انتهت المدة يتبع ما يأتى من الاحكام

(انتهاء الاجارة)

تنتهى الاجارة باستيفاء المنفعة المعقود عليها . أو بانتهاء المدة . أو باتمام العمل . ومتى انتهت الاجارة وجب على المستأجر رد العين المنتفع بها لصاحبها حسب التفصيل الآتى وهو : أن العين المستأجرة اما أن تكون من المنقولات . أو من العقارات . واذا كانت من المنقولات فاما أن تكون نفيسة أو غير نفيسة . واذا كانت من العقارات فاما أن تكون مبنية أو غير مبنية

فاذا كانت للعين من المنقولات النفيسة كالحلى والجواهر وجب على المستأجر أن يردها بنفسه فلو ردها بواسطة غيره وهلكت فعليه ضمانها

واذا كانت من المنقولات الاخرى جاز له أن يردها بنفسه أو مع من هو فى عياله من أولاده وخدمه فلو فعل ذلك وهلكت أثناء الطريق بدون تعد فلا ضمان عليه واذا تأخر عن ردها فى الصورتين بلا عذر فهلكت فعليه الضمان لان التأخير يعتبر تعديا ما لم يكن له مسوغ :

واذا كانت من العقارات المبنية كالدار والحانوت والحمام وجب على المستأجر ان يسلمها لصاحبها فارغة من متاعه فان لم يسلمها وبقى منتفعا بعد انتهاء المدة اعتبر غاصبا فتسرى عليه أحكام التعدى السابقة . واذا زاد المؤجر على الاجرة الاصلية مبلغا معلوما وخير المستأجر بين قبولها وبين الخروج فان قبل لزمته الاجرة بما فيها الزائدة . وان لم يقبل فهو متعد . وان سكت يلزمه أجر المثل فى المدة التى كان يمكنه فيها أن ينقل متاعه لتخلية الدار وبعدها يلزمه ما قاله المؤجر ويرجع فى تقدير مدة النقل الى عرف البلد التى فيها العين المستأجرة

وان كانت من الاراضى المستأجرة للزراعة . وجب تسليمها خالية من زرعه فان كان بها زرع لم يبدصلاحه فرعاية لمصلحة المتعاقدين تترك الارض بأجر المثل حتى ينضج الزرع ولو جبرا على المؤجر

وان كانت مستأجرة للبناء أو الغراس أو غيرهما كحرق اللبن والحجارة والخزف وجب تسليمها خالية من هذه الاشياء حسب التفصيل الآتى وبيانه . أنه اذا كان هدم البناء وقلع الاشجار يضر بالارض جاز للمؤجر أن يتملكهما بقيمتهما مستحق الهدم والقلع ولو جبرا على المستأجر وجاز له ان يتحمل الضرر ويكلفه بالازالة . وان كان

لايضر بالأرض كان المستأجر مخيرا بين هدم البناء وقلع الاشجار وتسليم الأرض خالية منهما وبين تركهما بقيمتهما المذكورة فى الصورة الأولى اذا رضى المؤجر بذلك . ولا ضرر على المستأجر فى جميع ما ذكر لانه وقت العقد كان عالما أنه متى انتهت المدة يلزم بتسليم الأرض كما تسلمها . ولكن اذا انتهت المدة وكان فى الشجر ثمر لم يبد صلاحه وجب ابقاء الأرض بأجر المثل فى المدة اللازمة لنضج الثمر

(ما تنفسخ به الاجارة)

تنفسخ الاجارة بموت أحد المتعاقدين الا اذا كان وكيلا فانها لا تنفسخ بموته بل بموت موكله . فاذا مات المؤجر وجب على المستأجر تسليم العين المستأجرة لورثته فان تأخر بلا عذر فهلكت ضمنها وان لم تهلك اعتبر متعديا فتسرى عليه أحكام التعدى السابق بيانها . ولكن اذا كان المستأجر قد دفع أجرة معجلة لمدة لم تُسْتَوْفَ المنفعة فيها فله حبس العين حتى يستوفى ما عجله واذا مات المؤجر مدينا فالمستأجر أحق بما فى يده من سائر الغرماء فيباع ويستوفى من ثمنه ما عجله وان نقص له شئ كان فيه أسوة الغرماء

واذا مات المستأجر وجب على ورثته التسليم والا اعتبروا متعدين أيضا . وان كانت من المنقولات ولم توجد فى تركته بأن مات مجهلا لها كانت قيمتها دينا للمؤجر فى التركة ويكون أسوة الغرماء فى استيفائها واذا كان بالأرض زرع لم يبد صلاحه وجب تركها بالأجر المسمى فى المدة اللازمة لنضجه ان كانت تكفى لذلك والا فتكون فيما بعد انتهاء

المدة بأجر المثل حتى ينضج فلو فرضنا أن أحد المتعاقدين مات قبل انتهاء المدة بشهرين والمدة اللازمة لنضج الزرع خمسة أشهر تركت الارض فى الشهرين الأولين بالاجر المسمى وفى الاشهر الثلاثة الاخيرة بأجر المثل

وتنفسخ أيضا اذا طرأ على المؤجر عذر يوجب انفساخها كما اذا كان عليه دين واجب الاداء وحكم القاضى ببيع العين المؤجرة وتسديد الدين من ثمنها . هذا اذا كانت قيمة العين المؤجرة تزيد عما دفعه المستأجر من الاجرة مقدما والا فلا تنفسخ لعدم الفائدة فى هذا البيع لان حق المستأجر فى الاجرة المعجلة مقدم على أداء الديون الاخرى كما ذكر

(اجارة الوقف)

لما كان وضع هذا الكتاب ملحوظا فيه موافقته المقررات الدراسية بمدرسة الحقوق الملكية وكان مبحث اجارة الوقف من مقررات فرقة السنة الثالثة بالمدرسة المذكورة اقتصرنا على بيان ماهو متداول من مباحثها العامة ليكون تمهيداً لمعرفة المباحث التفصيلية فى الفرقة المذكور واليك هذه العموميات :

تجب فى اجارة الوقف مراعاة شروط الواقفين اذا لم تخالف نصاً شرعيا أو لم يكن فى مخالفتها مصلحة للوقف أو للمستحقين . والذى له حق التأجير وتسلم الاجرة وتوزيعها هو ناظر الوقف سواء كان هو الواقف أو غيره وسواء كان هذا الغير معينا من قبل الواقف أو من قبل القاضى . وسواء كان من المستحقين أو لا

ومدة الاجارة سنة فى المبانى وثلاث سنين فى المزارع ان لم ينص الواقف على مدة فان نص عليها اتبع نصه الا اذا كان فى مخالفته مصلحة للوقف أو المستحقين فانها تجوز بشرط استئذان القاضى كما اذا اشترط أن تكون اجارة الأراضى الزراعية سنة والناس لايرغبون فيها الا سنتين أو ثلاثا

ولا تصح اجارة الوقف الا بأجر المثل أو بالغبن اليسير فان أجرها بغبن فاحش ألزم المستأجر بأجر المثل فيما مضى وله حق فسخها فيما بقى من المدة . ثم اذا كان الغبن الفاحش بتواطؤ الناظر مع المستأجر استحق العزل لاعتباره خائنا . وألزم بالنقص ان لم يدفعه المستأجر

(الحكر)

الحكر والاحتكار لغة الحبس يقال احتكر فلان الطعام اذا احتبسه لوقت الغلاء

وشرعا عقد اجارة يرد على الارض بقصد استبقائها للبناء والغراس أو لأحدهما

ولا يصح تحكير الاراضى الموقوفة الا اذا كانت غير صالحة للزراعة ومتى بنى المستأجر ولو الأساس أو غرس كان له حق القرار فلا تنزع الأرض منه ولا تنفسخ بموته استحسانا واذا انتهت المدة يكون المستأجر أولى من غيره مادام يدفع أجر المثل رعاية لمصلحة الجانبين اذ لافائدة فى الهدم أو القلع ما دام المستأجر راضيا بدفع أجر المثل فلو حصل منه ضرر بأن كان سيء المعاملة أو متغلبا يخشى على

الوقف منه أو أفلس أو غير ذلك من أنواع الضرر كان لناظر الوقف أن يطالبه بهدم البناء وقلع الأشجار وتسليم الأرض خالية منهما الا اذا كان فى القلع أو الهدم ضرر للارض فيأخذهما بقيمتهما مستحقين للهدم والقلع ولو جبرا على المستأجر . ولو زادت قيمة الارض المحتكرة فان كانت الزيادة بسبب بناء المستأجر وغراسه فلا تلزمه الزيادة . وان كانت لارتفاع قيمة الارض فى نفسها فان كانت يسيرة فلا تلزمه. وان كانت فاحشة لزمته وان امتنع من قبولها أمر برفع بنائه وأشجاره وأجرت لغيره واذا مات المحتكر فان كان موته قبل البناء أو الغراس انفسخت الاجارة وان كانت بعد واحد منهما فلا تنفسخ مادام الورثة يدفعون أجر المثل

(الكدك والخلو والمرصد)

الكدك هو مايزيده المستأجر فى الحوانيت بماله سواء كان مثبتا كالبناء أوغير مثبت كالرفوف وآلات الصناعة فان كانت الزيادة فى المزارع سميت كردارا وذلك كالسواقى والقناطر والمبانى التى للزراع ونحو ذلك

وحكم كل من الكدك والكردار أنهما مملوكان لصاحبهما أى المستأجر ويثبتان له حق القرار فلا يجوز انتزاع العين المستأجرة منه وتأجيرها لغيره بعد انتهاء المدة ما دام يدفع أجر المثل

والخلو هو مبلغ من النقود يأخذه الناظر من مستأجر حانوت الوقف ويعطى به سنداً عليه وهذا المبلغ يجعل لصاحبه حق القرار فلا يجوز اخراجه منه ولو انتهت المدة مادام هذا المبلغ فى ذمة ناظر الوقف وما دام يدفع أجر المثل فان أريد اخراجه بعد انتهاء المدة وجب دفعه له

والمرصد هو ما يصرفه المستأجر باذن القاضى فى بناء مستغلات الوقف ليكون دينا على الوقف حيث لا فاضل من ريعه وليس ثمت من يؤجرها بأجرة معجلة وبهذا المرصد يثبت للمستأجر حق القرار ما دام يدفع أجر المثل فان أراد الناظر اخراجه وجب عليه أن يدفع له ما صرفه فى البناء . واذا زاد أجر المثل بسبب البناء فالظاهر أنه يزاد على المستأجر لان ما بناه ليس مملوكا له بل هو للوقف فلم تكن الزيادة بسبب ملكه . قال ابن عابدين فى الجزء الخامس (صحيفة ٢١) ما نصه . والواقع فى زماننا أنه يستأجر بدون أجر المثل بكثير ويدفع بعض الاجرة ويقتطع بعضها مما صرفه على العمارة . وقد يقال لجوازه وجه وذلك أنه لو أراد آخر أن يستأجره ويدفع ما صرف على العمارة لا يستأجره الا بتلك الاجرة القليلة نعم لو استغنى الوقف ودفع الناظر ما للاول فان كل أحد يستأجره بأجرة مثله الآن فما لم يدفع الناظر ذلك تبقى أجرة المثل تلك الاجرة القليلة . واذا انتهت المدة وأراد ناظر الوقف التأجير لغير صاحب المرصد كان لهذا حق حبس العين المستأجرة حتى يستوفى مرصده . واذا مات ناظر الوقف الذى أذن بالعمارة فلصاحب المرصد الرجوع على تركته بماله . ولورثة الناظر المتوفى مطالبة من خلفه بأداء المرصد لهم من غلة الوقف . وورثة صاحب المرصد تقوم مقامه فى جميع ما ذكر

(انتهاء اجازة الوقف وانفساخ عقدها)

متى انتهت مدة اجازة الوقف ولم يكن للمستأجر كدك ولا

كردار فى الأرض ولا خلو ولامرصد جاز تأجيرها لغيره والاوجب اعادة تأجيرها له بأجر المثل فان لم يرض به وكان له فيها بناء أو غراس ينظر : فان كان المستأجر بنى أو غرس من ماله بلا اذن الناظر يؤمر بالهدم أو القلع ان لم يضر بالأرض فان أضر بها يجبر على تركها الى أن تنهدم أو تنقلع ويأخذ أنقاضه وأخشابه . ويجوز للناظر أخذها بأقل القيم الثلاث . قائمة . ومستحقة الهدم أو القلع . ومهدومة أو مقلوعة بالفعل ولو جبرا على صاحبها

واذا بنى أو غرس من ماله باذن الناظر ولم يرض بأجر المثل يؤمر بالهدم أو القلع ان لم يضر ذلك بالأرض فان كان يضر بها فللناظر الخيار بين أخذه للوقف بأقل القيم الثلاث المذكورة وبين أن يؤجره هو والارض ويأخذ كل واحد مايخصه فى الاجرة ويستمر ذلك حتى ينهدم البناء وتجف الأشجار وان لم يرض المستأجر بذلك اعتبر متعنتا ويجبر على الانتظار حتى ينهدم وتجف ولا شىء له فى نظير انتفاع الوقف بهما

واذا كان البناء أو الغراس بأنقاض الوقف وأخشابه وبذوره وكان ملكا للوقف سواء أذن له الناظر أو لم يأذن وليس له حق الرجوع على الوقف بما صرفه فى أجرة الفعلة والصناع الا اذا كان بالاذن واشترط الرجوع فانه يرجع به بالغا ما بلغ

وتنفسخ اجارة الوقف بموت المستأجر فقط ان كان قد استأجر لنفسه فان كان قد استأجر لغيره كالوكيل فلا تنفسخ بموته بل بموت الموكل . ولا تنفسخ بموت ناظر الوقف ولا بعزله سواء كان هو الواقف أو غيره ولا بعزل للقاضى للذى عينه

(الأجرة)

الأجرة هى ماتراضى المتعاقدان على جعلها بدلا للانتفاع بالأعيان المالية أو لعمل الأجير . وكل ماصلح أن يكون ثمنا فى البيع صلح أن يكون أجرة فى الاجارة لان الاجرة ثمن المنفعة ولا عكس أى أن مالا يصلح أن يكون ثمنا قد يصلح أن يكون أجرة كالاعيان القيمية والمنافع فانها تصلح أجرة ولا تصلح ثمنا

ولكن يشترط فى المنفعة المجعولة أجرة أن تكون مخالفة لجنس المنفعة التى استؤجرت العين لاجلها كاستئجار سكنى دار بزراعة أرض مدة معينة فاذا كانت من جنسها لا تصح كاجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والزرع بالزرع ونحو ذلك لانه ربا اذ الجنس بانفراده يحرم النساء أى التأجيل فاذا استوفى كل منهما أو أحدهما المنفعة فى صورة من هذه الصور الثلاث فعليه أجر المثل لانه استوفاها باذن المؤجر

وقد اختلف العلماء فى ملك المؤجر للاجرة بمجرد تمام العقد وعدم ملكه لها فقال بعضهم انها لاتملك به مطلقا أى سواء كانت عينا أودينا أو منفعة وقال البعض الآخر تملك به مطلقا وفصل آخرون فقالوا ان كانت الاجرة عينا أو منفعة لاتملك بالعقد وان كانت دينا تملك وتكون بمنزلة الدين المؤجل وعامة المشايخ على أن الصحيح هو الأول . وعليه فلا يستحق المؤجر الاجرة الا بأحد الامور الآتية .

الاول — بتراضى المتعاقدين على اشتراط تعجيلها فى الاجارة المنجزة فان كانت مضافة الى الزمن المستقبل صح العقد ولغا الشرط

الثانى — بتعجيلها بالفعل لأن المستأجر قد أبطل حقه فى تأخير أدائها وهو يملك ابطاله

الثالث — باستيفاء المعقود عليه منفعة كانت أو عملا اذا كانت الاجارة صحيحة فاذا كانت فاسدة يشترط رضا المؤجر بالانتفاع

الرابع — بالتمكن من استيفاء المنفعة ولو لم يستوفها بالفعل اذا كانت الاجارة صحيحة فان كانت فاسدة فلا تملك بمجرد التمكن ولو قبض العين المستأجرة باذن المؤجر

وقال الامام الشافعى ان الأجرة تملك بمجرد العقد واستدل بأن المنافع المعدومة افترض وجودها فعلا لتصحيح العقد فيثبت الحكم وهو الملك فيما يقابلها من الأجرة

ويصح اشتراط تعجيل الأجرة . وتأجيلها . وتقسيطها . وفى هاتين الحالتين يجب على المؤجر أن يسلم العين للمستأجر وعلى الاجير أن يباشر العمل وليس لكل منهما المطالبة بالأجرة أو القسط قبل حلول الوقت المحدد لأداء كل منهما ولو استوفى المستأجر المنفعة (١)

---

(١) - الاجارة قانونا

الاجارة فى القانون مبينة أحكامها بالمواد (من ٣٦١ الى ٤١٨) وبشرح القانون (من صفحة ٢٦٩ لغاية ٢٩١) وقد رتبها شارحه على مقدمة وستة فصول واليك بيان كل

المقدمة

عقد الاجارة من أهم العقود المتداولة ولا سيما فى مصر فهو أكثر تداولا فيها من غيره وموضوعه هام يتعلق بثروة البلاد العامة وزادت أهميته فى هذه السنين الأخيرة حيث أخذ أصحاب الأراضي الواسعة يؤجرونها ويهجرون بلادهم ليسكنوا المدن والامصار . وتنعقد بايجاب وقبول . ولكن عقدها لا يثبت الا بطريق مخصوص كما سيجيء

وأركانها . مؤجر ومستأجر . ومأجور . وأجرة . ومدة

والاجارة نوعان . اجارة الأشياء . واجارة الاعمال

(الفصل الأول ـ فى اجارة الاشياء)

اجارة الأشياء عقد يلتزم به أحد الطرفين انتفاع الطرف الثانى بمنافع شيء ومرافقه مدة معينة . ويلتزم به الطرف الثانى للأول بعوض معين . فالطرف الاول يسمى مؤجرا . والثانى يسمى مستأجرا . والعوض يسمى أجرة .

وتشتمل اجارة الاشياء على المباحث الآتية : شروط الاجارة . وما يجوز تأجيره . والاجرة . ومدة الاجارة . واثبات الاجارة . واليك بيان كل :

شروط الاجارة قانونا

قال شارح القانون تختلف الشروط باختلاف العاقدين لأن العقد من جهة المؤجر يعتبر من الاعمال الجارية المتعلقة بادارة الاموال . وأما من جهة المستأجر فهو من قبيل التصرفات التي تقتضي أهلية تامة فلا يجوز لأحد أن يستأجر الا اذا كان متصفا بأهلية الاداء . وأن يكون الاستئجار لمنفعته هو أو لمنفعة موكله فى ذلك . وليس لجميع الوكلاء أن يستأجروا لموكليهم فالأولياء والاوصياء والقوام ووكلاء الغائبين ممنوعون من الاستئجار الا ما تدعو اليه الضرورة كدار لسكنى

المحجور أو قناة لرى أرضه ويجب ألا يزيد ذلك عن الضرورة الملجئة

وأما المؤجر فتشترط فيه الاهلية الا أن عمله ليس من قبيل التصرفات التى يلزم فيها لغير المالك اذن مخصوص بل الوكالة العامة تكفى فيه . والاشخاص الذين لهم حق التأجير هم :

(١) — مالك الشئ المؤجر ملكا تاما أما مالك الرقبة فقط فليس له هذا الحق
(٢) — صاحب حق الانتفاع بالشىء المؤجر
(٣) — المستأجر الا اذا كان ممنوعا من التأجير صريحا فى عقد الاجارة
(٤) — الشريك الذى يدير الشركة دون باقى الشركاء
(٥) — الوكلاء سواء كانت وكالتهم اختيارية . أو قضائية . أو قانونية

ما يجوز تأجيره

القاعدة فى ذلك أن كل ما جاز بيعه جاز تأجيره عقارا كان أو منقولا

ومع ذلك يجوز تأجير المنافع العمومية فى أحوال خصوصية ما دام التأجير لا يخل بالانتفاع المقصود منها

الاجرة

الأجرة هى عوض الانتفاع الذى يدفعه المستأجر المؤجر : ومهما كانت الأجرة قليلة فذلك لا يؤثر فى صحة العقد حتى اذا كان الايجار صادرا من الولى أو الوصي أو ناظر الوقف

مدة الاجارة

مدة لاجارة ليس لها مقدار محدد قانونا بل يترك تقديرها لحرية المتعاقدين ويستثنى من ذلك :

(١) — ما اذا كان المؤجر هو صاحب حق الانتفاع فلا تزيد مدة الاجارة عن مدة حق الانتفاع الا برضا مالك العين

(٢) — ما اذا كان الشيء المؤجر ملكا لقاصر فلا تزيد المدة عن ثلاث سنين بلا فرق بين عقار ومنقول الا اذا صدق المجلس الحسبى على أكثر منها

(٣) — اجارة الوقف فلا تزيد فى المبانى عن سنة وفى المزارع عن ثلاث سنين اذا لم ينص الواقف على خلاف ذلك

اثبات الاجارة

اثبات الاجارة يشمل اثبات التعاقد .واثبات الاجرة. واثبات مدة الاجارة فاثبات التعاقد قبل تنفيذ العقد لا يكون الا بالكتابة ولو قلت الاجرة عن ألف قرش فى كل المدة أو بالاقرار أو بنكول المؤجر عن اليمين .أما بعد البدء فى التنفيذ بوضع يد المستأجر فيجوز الاثبات بالشهود أيضا واذا كان للاجارة عقد كتابى وانعدم بسبب قهرى جاز اثبات انعدامه بالشهود وضمنا تثبت الاجارة

واذا أجر العقار لجملة اشخاص بعقود متعددة أتبع ما يأتى :

(١) — اذا لم تكن العقود مسجلة اعتبرت اجارة واضع اليد

(٢) — اذا كانت مسجلة ولم يضع أحد يده على العقار أعتبرت اجارة من سبق تسجيله

(٣) — اذا سجل البعض وكان فى المستأجرين من وضع يده على العقار ينظر : فان كان وضع اليد سابقا على التسجيل أعتبرت اجارة من وضع يده والا فتعتبر اجارة من سبق تسجيله وضع اليد

واثبات مقدار الاجرة يكون بالمخالصات المذكور فيها مقدارها . فان لم توجد المخالصات تثبت بتقدير الخبير

واثبات المدة يكون بسند الاجارة فان لم يوجد سند وثبت العقد بالاقرار أو النكول عن اليمين كان اثبات مدته كما يأتى :

اذا كان العقد ثابتا والاجرة مقدرة ومواعيد دفعها كذلك قدرت المدة

بحسب تلك المواعيد كما اذا استأجر داراً على أن يدفع أجرتها كل ستة أشهر فان المدة تعتبر هي هذه الاشهر أما اذا اشترط دفع الاجرة على قسطين مثلا فى ميعاد معين كانت مدة الاجارة مجموع مدتى دفع القسطين معا مع مراعاة امكان الانتفاع بالشيء المؤجر انتفاعا تاما بحسب طبيعته وعرف الناس . وعلى هذا فلا يجوز أن يقضى بأن المدة أقل من سنة وان ذكر فى العقد أن الاجرة تدفع فى ستة أشهر لجريان العرف بأن المزارع لاتؤجر أقل من سنة ولكن اذا كان ظاهر العقد يفيد أن الاجارة معقودة لزرعة واحدة كالشتوى مثلا قضى بأن الاجارة أقل من سنة

(الفصل الثانى — فيما يترتب على الاجارة)

هذا الفصل يشتمل على المباحث الآتية : تعهدات المؤجر . وتعهدات المستأجر . وهلاك الشيء المؤجر . واليك بيان كل

تعهدات المؤجر

تعهدات المؤجر تنحصر كلها فى انتفاع المستأجر بالشيء المؤجر كل المدة المتفق عليها ويتفرع على ذلك ما يأتى

(١) — تسليم الشيء المؤجر الى المستأجر مع توابعه بما كان عليه وقت التعاقد من الاحوال واذا عرض للشيء تلف فان كان قبل التسليم جاز للمستأجر أن يطلب اعادة الشيء الى أصله أو فسخ الاجارة وله طلب تعويض عما لحقه من الخسارة سواء كان التلف حاصلا بفعله هو أو من يقوم مقامه أو بفعل أجنبي أو بقوة قاهرة . وان كان بعد التسليم فاما أن يكون جسيما يصير به الشيء غير صالح للانتفاع به أو يسيرا لا يصل الى ذلك . وعلى كل فاما أن يكون بفعل المؤجر أو بفعل غيره أو بقوة قاهرة

فان كان التلف جسيما وبفعل المؤجر فللمستأجر فسخ العقد مع

التعويض وليس له أن يطلب اعادة الشيء كما كان . وان كان يسيراً وبفعل المؤجر أيضا فللمستأجر الحق فى تنقيص الأجرة واذا خسر من جراء ذلك فله حق التعويض . ويجوز للمؤجر اعادة الشيء الي أصله وترجع الأجرة الى أصلها من يوم تمام الاصلاح

وان كان التلف بقسميه مسبباعن قوة قاهرة فالحكم كاذكر الا بالنسبة للتعويض من المؤجر فانه لا حق للمستأجر فى طلبه

(٢)— أن يعمل الاصلاحات الضرورية لحفظ الشيء المؤجر أثناء مدة الاجارة فان قصر كان مسئولا عن نتائج تقصيره

(٣)— أن يمتنع عن كل ما يقتضى حرمان المستأجر من الانتفاع التام . فلا يجوز للمؤجر أن يغير معالم الشيء المؤجر ولا أن يسد عنه الهواء أو النور ولا أن يبنى فوقه مدة الاجارة ولا أن يزاحم المستأجر باتخاذ محل مجاور للمحل المؤجر للغرض بعينه . ولكن للمؤجر اجراء الاصلاحات الضرورية وعليه اخبار المستأجر بوقت الشروع فى العمل . وهذا بدون تعويض للمستأجر الا اذا لم يتمكن من الانتفاع وقت الاصلاح وحينئذ يجوز للمستأجر طلب الفسخ أو تنقيص الأجرة مدة اجراء الاصلاح . ولكن اذا استمر المستأجر ساكنا الى تمام الاصلاح لا يجوز له طلب الفسخ

(٤)— منع تعرض الغير للمستأجر اذا كان التعرض مسندا الى سبب قانونى كما اذا ادعى أنه مستأجر من غير المؤجر أو له حق ارتفاق أو انتفاع أو غير ذلك . ثم ان كان التعرض يسيراً فللمستأجر طلب تنقيص الاجرة . وان كان جسيما فله فسخ العقد وتعتبر الجسامة بحسب مقدار حرمان المستأجر من الانتفاع

وأما اذا كان التعرض غير مسند الى سبب قانونى فلا يضمن المؤجر شيئا الا اذا ترتب على التعرض ازالة احدى المنافع الأصلية وللمستأجر

فى هذه الحالة أن يطلب تنقيص الأجرة وأن يطلب فسخ العقد . وعلى المستأجر أن يخبر المؤجر بحصول التعرض فى ابتدائه والا سقط حقه فى الضمان

(٥) — أن يضمن المؤجر سلامة الشيء المؤجر من العيوب الخفية المخلة بالانتفاع فاذا ظهر عيب قديم كأن كان السقف غير متين لا يتحمل ما يوضع فيه من الاثاث المعتاد أو البضائع فى محلات التجارة أو كان الحيوان مريضا مرضا غير ظاهر يمنع من الانتفاع به يجوز للمستأجر أن يطلب تنقيص الأجرة أو فسخ العقد على حسب أحوال العيوب . ولا يضمن المؤجر الا اذا كان عالما بالعيب وقت التعاقد أو فى أثناء الانتفاع

(٦) — يضمن المؤجر ما يلحق المستأجر أو أسرته أو أمتعته من الضرر الناتج من أى عمل من الاعمال التى يسأل عنها المؤجر مما تقدم بيانه

تعهدات المستأجر

تعهدات المستأجر هى :

(١) — أن يستعمل الشيء الذى استأجره فيما هو معد له فلا يجوز له أن يستعمل دار السكنى نادياً ولا الأرض الزراعية مصنعاً للابن والآجر فان حصل ذلك جاز للمؤجر طلب الفسخ

(٢) — أن يعنى بالشيء الذى استأجره كعنايته بملكه فاذا أهمل فتلف الشيء أو تعيب فعليه الضمان وللمالك حق طلب الفسخ أيضا

(٣) — ألا يغير فيه شيئا بدون اذن المالك فاذا فعل ذلك ألزم باعادة الشيء الى أصله . واذا لم ينشأ عن التغيير ضرر للمالك فلا ضمان على المستأجر فاذا أغلق المستأجر بابا وفتح غيره فان صلحت الدار بذلك فلا ضمان وان تعطلت بعض منافعها الاصلية ضمن وجاز للمالك طلب الفسخ

(٤) — عليه أن يدفع الاجرة فى مواعيدها فان لم تبين فى العقد مواعيد الدفع كان دفعها واجبا عند انتهاء كل دور من أدوار الاجارة فى أوائل كل شهر أو كل ثلاثة اشهر أو ستة أو سنة بحسب مدة الاجارة وتدفع الاجارة للمؤجر أو لنائبه فى محله

(٥) — على مستأجر المنزل أو المخزن أو الحانوت أو الارض الزراعية أن يضع فيما استأجره امتعة منزلية أو يضع حاصلات أو آلات تفى قيمتها بتأمين الاجرة مدة أقلها سنتان ان كان العقد لزمن أطول من ذلك ومدة العقد ان كان سنتين فأقل

(٦) — على المستأجر أن يرد الشيء المؤجر لمن استأجره منه عند انقضاء مدة الاجارة بالحالة التى يكون عليها بغير تلف حاصل من فعله أو من فعل توابعه أو المستأجر منه فان لم يرده فالمؤجر اخراجه وتضمينه ما ينشأ بالتأخير من الضرر

وللمتعاقدين الحق فى تغيير هذه التعهدات أو تعديلها على حسب ما يوافق مصلحتهما . ولكل من المؤجر والمستأجر حقوق أخرى قبل الآخر وسيأتى بيانها

هلاك الشيء المؤجر بقوة قاهرة

سبق بيان حكم هلاك الشيء المؤجر غير أن بعض أنواع الهلاك بقوة قاهرة يكون غير محقق حصوله بها كالحريق . اذ قد يكون من فعل الانسان أو تقصيره . ولما كان القانون لم ينص على هذه الحالة فقد جرى القضاء على اعتبارها خاضعة لقواعد الضمان العامة وأنه اذا ادعى المؤجر أن الحريق حصل بفعل المستأجر فعليه البرهان . فاذا ثبت التقصير وجب التعويض عن جميع المضار الناتجة من الحريق وتعويض قيمة الاجرة مدة اعادة الشيء الى أصله . واذا كان فى المنزل أكثر من مستأجر فكلهم ضمان بالتضامن . وقد يكون المؤجر ساكنا فى المنزل المحترق . فان بدأ الحريق من مسكن المستأجرين فهم الضمان ان ثبت خطؤهم وان بدأ من

مسكن للمؤجر فهو المسئول عما يصيب المستأجرين من الضرر ان ثبت تقصيره

(الفصل الثالث فى تأجير المستأجر لغيره)

يجوز للمستأجر أن يؤجر الشيء الذى استأجره لغيره الا اذا منع من ذلك النص صريح فى العقد وهذا المنع يشمل المنع من تحويل الاجارة لغيره وهـذا بتحويل عبارة عن اتحاد الاجارة الثانية مع الأولى فى الشروط كلها بما فيها المدة والاجرة كما أن منعه من التحويل يشمل منعه من التأجير فاذا خالف المستأجر فللمؤجر فسخ العقد ولا يجوز للمحاكم أن تحكم بغير ما تعاقد عليه الطرفان كما فى هذا الموضوع الا فى حالة واحدة وهى حالة ما اذا كان فى المكان المؤجر جدك ودعت الحالة لبيعه وكان مشترى الجدك هو المستأجر الثانى . ومثال ذلك أن يكون لزيد حانوت وفيه جدك لبكر فأجر زيد الحانوت لخالد ومنعه من التأجير لغيره ولـكن خالدا أجر الحانوت لابراهيم . ثم اضطر بكر لبيع الجدك فاشتراه ابراهيم الذى هو المستأجر الثانى : فى هذه الحالة يجوز للمحاكم أن تحكم ببقاء الاجرة المعقودة من خالد لابراهيم حرصا على منفعة التجارة على شرط ألا يكون فى ذلك ضرر حقيقى لمالك الحانوت وأن يقدم ابراهيم تأمينات كافية للمالك المذكور

ويترتب على الاجارة الثانية أنه لا يتغير الحال بين المالك وبين المستأجر منه طبقا للقاعدة التى لا تبيح لاحد أن يتخلص من تعهده بدون ارادة المتعهد له واذا أجاز المالك الاجارة الثانيه صراحة بالقول أو بالـكتابة أو دلالة كما اذا قبض الاجرة من المستأجر الثانى سقطت تعهدات المستأجر الاول — ومثل الاجارة الثانية الحوالة بالاجارة

ويترتب على الاجارة الثانية أيضا أن يكون للمالك حق الامتياز على أمتعة المستأجر الثانى أو بضائعه أو حاصلاته أو مهماته الموجودة فى المحل المؤجر لانها ضامنة للاجرة مباشرة

أحكام خاصة باجارة الأراضي الزراعية

لاجارة الأراضي الزراعية أحكام خاصة بها وهي :

(١) — اذا هلكت الزراعة كلها أو بعضها بآفة سماوية وجب دفع الاجرة كلها أو بعضها لان الزرع ملك للمستأجر وهلاك الملك على صاحبه — واذا تسبب عن الآفة السماوية عدم امكان تهيئة الارض أو أكثرها للزراعة أوعدم بذرها كلها أو أكثرها بعدتهيئتها أوتلف البذر كله أو أكثره بعد وضعه في الارض سقطت الاجرة أو وجب تنقيصها عن المستأجر ويفوض الرأي الى القاضي في بيان الاكثر

(٢)— على المستأجر قبل انتهاء مدة اجارته أن يمكن المستأجر الجديد من تهيئة الارض للزراعة ما لم يحصل له ضرر من ذلك

(٣)— اذا غرس المستأجر في الارض أشجارا على سبيل البقاء فليس له قلعها اذا كان يضر بالارض بلا اذن المالك . أما اذا كانت معدة للنقل فله أخذها وعلى المالك أن يمهله الى الوقت المناسب لنقل مثلها بأجر المثل . وعلى المالك دفع قيمة الاشجار المعدة للبقاء حسب الاتفاق أو بتقدير الخبراء . وله أن يكلف المستأجر بقلعها بمصاريف من طرفه

(الفصل الرابع — في انقضاء الاجارة)

الاجارة تنقضي بأحد شيئين : (١) انقضاء المدة . (٢) فسخ العقد

انقضاء المدة

مدة الاجارة اما أن تكون معينة في العقد واما أن تكون غير معينة

فان كانت معينة ينتهى الايجار بانقضائها بدون انذار من المالك . وعلى المستأجر تسليم الشيء المؤجر فان تأخر أجبر على تسليمه . لكن اذا سكت المؤجر وبقى المستأجر منتفعا بالشيء المؤجر مدة تكفى للحكم بأن المؤجر رضي بالتجديد اعتبرت الاجارة مجددة بالشروط الأصلية الا بالنسبة للمدة فانها تكون على حسب عرف الجهة . ويترتب على التجديد بقاء الكفالات العينية التى تكون للمالك على المستأجر كالرهن والامتياز والتأمين النقدى وأما الكفالات الشخصية كالضمان والكفالات العينية التى من غير المستأجر فانها تسقط بانقضاء المدة الاولى

وان كانت المدة غير معينة فتقدر حسب العرف وتنتهى الاجارة بانتهائها ولا يلزم المستأجر بتسليم الشيء المؤجر الا بعد التنبيه عليه بذلك من المالك . ويعتبر المستأجر قابلا للاستمرار على الاجارة بجميع شروطها الى أن ينذره المالك برغبته فى التخلى عن الاجارة . ويجب أن يكون التنبيه الذى يحصل من كل منهما حاصلا فى وقت مناسب وقد قرر القانون أن يكون فى المواعيد الآتية

ثلاثة أشهر مقدما : بالنسبة للبيوت والحوانيت والمكاتب والمخازن اذا كانت مدة الاجارة تزيد على ثلاثة أشهر

شهر ونصف : بالنسبة لما ذكر ان كانت مدة الاجارة ثلاثة أشهر أو أقل

شهر واحد : بالنسبة لاجارة حجرة السكنى

ستة أشهر على الاقل : بالنسبة لأراضى الزراعة ونحوها

ويجب أن يكون التنبيه بانقضاء المدة بما يصح به اثبات نفس الاجارة أى بالكتابة أو الاقرار أو النكول عن اليمين : والأحوط أن يكون التنبيه رسميا على يد محضر اذا لم يكتب من صدر اليه التنبيه بما يفيد علمه به

فسخ الاجارة

ينفسخ عقد الاجارة بأحد الاسباب الآتية =

(١) — عدم قيام أحد المتعاقدين بوفاء ما تعهد به للآخر . وللقاضي أن يمهل المتعهد زمنا ليفى بتعهده . وللمؤجر أن يطلب تعويضا من المستأجر . ويقدر هذا التعويض بقيمة الاجرة لغاية يوم الاخلاء . وأجرة المدة اللازمة عادة للتأجير للغير) والمتبع أن تكون هذه المدة مساوية لمدة التنبيه) . وما ينقص من الاجرة فى المدة الباقية . وليس للمستأجر أن يرجع على المالك بجزء من التعويض اذا حصل التأجير فى زمن أقل من المدة المذكورة

(٢) — هلاك الشيء المؤجر بآفة سماوية

(٣) — نزع ملكية العقار المؤجر للمنافع العمومية . وليس للمستأجر فى هذه الحالة ضمان على المؤجر لكن له حق فى التعويض الذى تدفعه الحكومة ويقدر هذا التعويض بمعرفة الخبراء ان لم يحصل الاتفاق عليه بين الحكومة والمستأجر

(٤) — استحقاق الشيء المؤجر لغير المؤجر

(٥) — بيع الشيء المؤجر اذا كانت الاجارة بعقد غير رسمى أو غير ثابت التاريخ الا أنه يجب التنبيه على المستأجر من المالك بالاخلاء فى المدة القانونية المختصة بالاجارة . وأن يأخذ تعويضا من المؤجر وألا يخلى الشيء المؤجر الا اذا دفع له التعويض . أما اذا كانت الاجارة بعقد ثابت التاريخ أو رسمى قبل البيع فلا تنفسخ ويجب على المالك الجديد احترامها .

ولا تنفسخ بموت المؤجر مطلقا ولا بموت المستأجر الا فى حالتين :

الاولى — اذا كانت مع مستأجر ذى حرفة خاصة كالصيدلى المستأجر للحانوت لجعله صيدلية

الثانية — اذا كان المستأجر ذا مهارة شخصية واعتبرت هذه المهارة فى عقد الاجارة

(الفصل الخامس – فى اجارة الاشخاص وأهل الصنائع)

اجارة الأشخاص

اجارة الاشخاص عقد يلتزم به أحـد المتعاقدين أن يشتغل بنفسه لمنفعة شخص آخر مدة معينة مقابل أجر معين يلتزم به الطرف الثانى . وذلك كالخدم والفعلة والعمال والوكلاء . ولهذه الاجارة أحكام خاصة بها وهى :

(١) – لايجوز أن يكون ايجار المستخدمين وخدمة المنازل الا لمدة معينة هذا هو الاصل ولـكن جرت العادة على ألا تعين مدة بين المؤجر والمستأجر فيما يتعلق بالمستخدمين . ويؤخذ من هـذا الاصل أن الاجارة لغير مدة معينة ممنوعة وهو خطأ لان الغرض من ايجاب المدة منع الاستصناع المؤبد لمـا فيه من معنى الرق . وأما عدم تعيين مدة فى العقد بعد بيان معنى هذا المنع فهو جائز قانونا

(٢) – اذا لم تـكن مدة الاجارة معينة فى العقد جاز لـكل طرف فسخه فى أى وقت أراد مع ملاحظة الوقت اللائق أعنى أنه اذا لم ينذر مريد الفسخ الطرف الثانى ويمهله زمنا كافيا بحسب العرف لاستصناع غيره وجب عليه التعويض

(٣) – اذا كانت المدة معينة فى العقد وجب على الطرفين احترامها . واذا فسخ المستأجر العقـد لزمه التعويض ويقدر بقيمة الاجرة عن جميع المدة التى لايتمكن فيها العامل من العمل عند غيره ومصاريف السفر ان استحضر من جهة غير التى يشتغل فيها

وجاء بهامش شرح القانون أنه لم يرد فى القانون بيان التعويض الذى يستحقه السيد اذا فسخ المستخدم العقـد قبل انتهاء المدة ولعله لاحظ فقر العامل الا أن ذلك غير مضطرد والقواعد العامة تـكفل هذا الحق .

(٤) — اذا لم تكن الاجرة معينة فى العقد يتبع العرف الجارى فى تقديرها
(٥) — اذا لم يوجد عقد مكتوب تقبل الادلة المعتادة وان كان المتأخر من الاجرة يزيد على ألف قرش . لكن اذا كانت الاجرة الشهرية زائدة على ألف قرش فلا تجوز الشهادة

اجارة أهل الصنائع

اجارة أهل الصنائع عقد يلتزم به أحد المتعاقدين عملا مخصوصا فى ميعاد معين مقابل قيمة مقدرة وله أربع صور

الاولى — أن يتفق الطرفان على أن يعمل الصانع العمل كله
الثانية — أن يتفقا على أن الصانع يعمل زمنا محدوداً مقابل أجر معين
الثالثة — أن يتفقا على أن الصانع يعمل بأجرة يومية كأن يشتغل البناء لحساب المالك مقابل أجرة قدرها كذا فى كل يوم
الرابعة — أن يتفقا على أن الصانع يأخذ أجراً بحسب ما يعمله كأن يبنى كل متر بكذا

وأحكام هذا المبحث الخاصة به هى :

(١)— للمستأجر أن يوقف العمل فى أى وقت أراد ولكن يلزمه أن يعوض على الصانع أو المقاول جميع الربح الذى كان يستفيده من تنفيذ العمل . واذا كانت الاجرة يومية أو بحسب ما يتم من العمل كان التعويض مساويا للمصاريف التى صرفها العامل فى الاستعداد للقيام بالعمل الذى صار ايقافه
(٢)— يجوز أن يشتمل استئجار الصانع ضمنا الزامه باحضار المهمات أى المواد اللازمة للعمل مثل الاحجار والمؤن والاخشاب اللازمة للبناء
(٣)— ينفسخ العقد بموت الصانع وبحدوث آفة سماوية له تمنعه عن العمل
(٤)— اذا أحضر الصانع المهمات وتلف قبل العمل وتسليمه لصاحبه أو عرضه عليه مع تكليفه باستلامه تكليفا رسمياً فتلفه على الصانع : فان كانت

المهات من المستأجر وتلف العمل فان كان بتقصير الصانع فعليه التعويض والا فلا شيء عليه ولا أجر له

(٥) — لاينقطع حساب المقاولة الا بعد تمام العمل

(٦) — المقاول أن يقاول غيره على العمل كله أو بعضه ولكنه يبقى ضامنا للعمل . وليس للمقاول الثانى أن يسأل المالك فى غير ما يكون فى ذمته للمقاول الاول فاذا وقع حجز بناء على طلب المقاول الثانى تحت يد صاحب العمل كان هذا مسئولا عن المطلوب للمقاول الاول لغاية الحجز وعما يستحق له بعد الحجز

(٧) — المقاول الثانى حق الامتياز على مال المقاول الاول فى ذمة صاحب العمل فان كانوا أكثر من واحد قسم المبلغ بينهم على نسبة مالكل منهم من الدين قبل المقاول الاول

(٨) — اذا كلف المقاول بعمل رسم البناء أو بادارته أو بهما معاً فله أجر خاص على ذلك

(٩) — المهندس المعمارى مسئول عن الخلل الذى يحدث فى البناء من عيب فى الرسم اذا لم يكن مكلفا بملاحظة البناء . فان كان مكلفا بها كان مسئولا مع المقاول بالتضامن عن كل خلل يحدث فى البناء لاى سبب كان مدة عشر سنين ولو كان سبب الخلل أمر المالك باقامة بناء غير مطابق للقواعد الهندسية . ومع ذلك اذا كان غرض المتعاقدين أن البناء مطلوب لحاجة وقتية تمكث أقل من عشر سنين وأذن المالك باقامة أبنية معيبة يخرج المهندس والمقاول من تبعتها

(١٠) — ليس للمقاول أن يطلب زيادة قيمة المقاولة بحجة زيادة المصاريف لاى سبب الا اذا كانت الزيادة مترتبة على عمل أو أمر صادر من صاحب العمل

(الفصل السادس – فى الحكر والاجارتين وحلول الانتفاع)

هذا الفصل برمته لم يتعرض له القانون لان جميع مواضيعه تتعلق بأعيان موقوفة ولكن شارح القانون ذكرها لأنها لا تتعلق بأصل الوقف . ومباحثها كلها مأخوذة من أحكام الشريعة الغراء الخاصة باجارة الوقف فليراجعها من شاء فى محالها

(كتاب المزارعة)

الكلام على المزارعة ينحصر فى تعريفها : وأركانها . وأصل مشروعيتها . وحكمة المشروعية وصفتها . وشروطها . وأحكامها . واستحقاق أرض المزارعة . وانتهاء مدتها . وانفساخها . واليك بيان كل :

(تعريف المزارعة)

المزارعة معناها فى اللغة مفاعلة من الزرع وهو الانبات والمضاف الى العبد انما هو الفعل الذى أجرى الله العادة بحصول النبات عقيبه . والمفاعلة هنا ليست على بابها لانها قد تستعمل فيما لا يوجد الا من واحد كالمداولة والمعالجة . وقيل على بابها لان الانبات المتصور من العبد هو التسبب فى حصول النبات وهذا التسبب يوجد من كل واحد منهما فيوجد من العامل بالعمل ومن الآخر بالتمكين منه باعطاء الآلات والاسباب التى لا يحصل العمل بدونها عادة فيكون كل من

المتعاقدين مزارعا حكما . ولكن اذا أطلق لفظ المزارع انصرف الى العامل

ومعناها شرعاً عقد يرد على الزرع ببعض مايخرج منه

(أركان المزارعة)

أركان المزارعة اثنان وهما الايجاب والقبول وليس لهما ألفاظ مخصوصة بل كل ما دل على التراضى بزرع شخص أرض الآخر بجزء من الخارج يسمى ايجاباً وقبولا كأن يقول رب الارض أعطيتك هذه الارض لتزرعها بجزء مما يخرج منها قدره النصف أو الثلث مثلا فيقول العامل قبلت

ولا تتحق المزارعة الا بتوفر أربعة أشياء وهى : الارض والبذر . والعمل . والبقر أو ما يقوم مقامه من الآلات البخارية والحيوانات الاخرى وقدعدالفقهاء الأربعة المذكورة أركاناً للمزارعة زيادة عن الركنين الاصليين

وتنعقد باللفظ . والكتابة . والاشارة المعروفة للاخرس حسب التفصيل السابق بيانه فى أوائل كتاب البيع

(أصل مشروعية المزارعة)

مشروعية المزارعة مختلف فيها فقال الامام أبو حنيفة انها غير مشروعة واستدل بأنها استئجار ببعض الخارج وهو منهى عنه بقوله صلى الله عليه وسلم لرافع بن خديج فى حائط (بستان) (لاتستأجره

بشيء منه) ولان الاجرة وهي بعض الخارج مجهولة جهالة فاحشة مؤدية الى النزاع . وقال الصاحبان انها مشروعة واستدلا بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (دفع نخل خيبر معاملة وأرضها مزارعة) وأدنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام الجواز . وبجريان العرف والعادة بها سلفا وخلفاً من غير نكير على ذلك وقد صحح بعض الفقهاء أدلة الامام وحملوا ما ورد من اعطاء النخل والارض لاهل خيبر معاملة ومزارعة على الجزية أى الخراج دون المزارعة وقالوا ان عدم الانكار على التعامل كما يحتمل أن يكون للجواز يحتمل أن يكون لكونه محل اجتهاد واختلاف بين الفقهاء فلا يدل على الجواز مع الاحتمال . وصحح البعض الآخر أدلة الصاحبين وعلى قولهما الفتوى

(حكمة مشروعيتها على رأى من يقول بها)

حكمة مشروعية المزارعة هي بعينها حكمة مشروعية الاجارة أى دفع الحرج والمشقة عن الناس وتسهيلا لهم فى المعاملات لان كل انسان لا يملك أرضا يزرعها . ولا مالا يستأجرها به ولا يمكن أن يحصل عليها عارية أو صدقة لان النفوس لا تسمح بذلك غالبا واذا أمكن فقد لا يرضى بها ذوو النفوس الشريفة وقد لا يستطيع مالك الارض زرعها ولا يريد تأجيرها لاحتياجه الى ما يخرج منها فشرعت لذلك ولو لم تشرع لحصل لاكثر الناس حرج ومشقة والشريعة انما شرعت لدفع هاتين الصفتين وجلب اليسر والسعادة بقدر الامكان

(صفة المزارعة)

صفة المزارعة انها لا زمة من قبل من لا بذر له فلا يملك فسخها بدون رضا الآخر الا بعذر وسيأتى بيانه . وغير لازمة ممن عليه البذر قبل القاء بذره فى الارض فيملك فسخها بلا عذر لانه لا يمكنه المضى فى العمل الا باتلاف ماله وهو البذر بالقائه فى الارض فيهلك فيها ولا يدرى ان كان ينبت أو لا وليس كذلك من لا بذر له . أما بعد القائه فلا يملك الفسخ

(شروط المزارعة)

يشترط لصحة المزارعة ما يأتى :

(١) — أهلية العاقدين وهى أن يكون كل منهما عاقلا ولا يشترط البلوغ ولا الحرية . ثم ان كان مأذونا بالتجارة نفذت والا توقفت على الاجازة

(٢) أن تكون الارض معلومة وصالحة للزراعة فى مدة المزارعة فلو كانت سبخة أو نزة لا تصح لانها مستأجرة ببعض مايخرج منها واجارة ما ذكر لا تصح أما اذا كانت صالحة ولكن لا يمكن زراعتها وقت العقد لعارض كانقطاع الماء مؤقتا صحت المزارعة

(٣) ـ التخلية بين العامل وبين الارض ليمكن من العمل بلا مانع حتى لو اشترط أن يكون العمل على رب الارض . والبذر والبقر والادوات على العامل لا يصح لعدم التخلية

(٤) — بيان مدة المزارعة على رأى أبي يوسف لانها اجارة ببعض الخارج وجهالة المدة تفسدها وهو القياس ويجب على رأيه ألا تكون قصيرة بحيث لاتسمع زرعا واحدا . ولا طويلة بحيث لايفى بها العمر والا فسدت . هذا اذا كانت الزراعة تتفاوت أوقاتها تفاوتا يعتد به. أما اذا كانت لاتتفاوت كزرع أراضى الحياض بصعيد مصر وهى التى تغمرها مياه النيل زمن الفيضان ثم تزرع بعد الجفاف مرة واحدة زرعا شتويا فلا يشترط بيان المدة باتفاق الصاحبين وقال محمد لايشترط بيان المدة على كل حال لجريان العرف بذلك وتقع المزارعة على أول زرع يخرج وهذا هو الذى عليه الفتوى

(٥) — بيان من عليه البذر حسما للنزاع لأنه كما يصح أن يكون من العامل يصح أن يكون من رب الارض وعدم بيان من يلتزم به منهما مفض الى المنازعة وهى مفسدة للعقد

(٦) — بيان نصيب من لا بذر له سواء كان هو رب الارض أو هو العامل واذا بين نصيب من له البذر كفى لان نصيب الآخر يعلم ضمنا

(٧) — بيان جنس البذر ونوعه ووصفه ان كان الملتزم به هو المزارع لان بعض الزرع يضر الارض وبعضه يفيدها مع تفاوت كبير فى مقدار الضرر والافادة فلا بد من بيانه ليكون لزوم الضرر لرب الارض مضافا الى التزامه الا اذا أذن له رب الارض أن يزرع فيها مايشاء لانه لما فوض اليه الامر فقد رضى بالضرر . ولا يشترط بيان قدر البذر لانه يعلم تبعا للعلم بالارض

(٨) ـ أن تكون الحصة شائعة فى المحصول لكل من المتعاقدين فكل مايقطع الشركة فيه يفسدها كما سيأتى

(أحكام المزارعة الصحيحة)

متى استوفت المزارعة شرائطها المذكورة صحت وترتب عليها أحكامها وهى:

(١) ـ ملك الانتفاع بالعمل فى الحال والشركة فى الخارج من الأرض فى المآل فهى فى معنى الاجارة والشركة . ولذا قيل انها اجارة ابتداء وشركة انتهاء

(٢) ـ ان كل ما كان من عمل المزارعة مما يحتاج اليه الزرع لاصلاحه ونمائه فعلى المزارع . وكل ما كان من باب النفقة على الزرع فعليهما على قدر أنصبائهما كالسماد وأجرة الآلات الرافعة للمياه لان ذلك ليس من عمل المزارعة حتى يختص به المزارع

(٣) ـ أن يكون الخارج بينهما حسب الاتفاق فان لم تخرج الأرض شيئاً فلا شىء لاحدهما قبل الآخر : لا أجر العمل من رب الارض للعامل ولا أجر الارض من العامل لصاحبها سواءكان البذر من هذا أو من ذاك بخلاف المزارعة الفاسدة فانه يجب فيها على رب البذر أجر المثل للآخر وان لم تخرج الارض شيئا . والفرق بينهما أن الواجب فى العقد الصحيح هو المسمى وهو بعض الخارج ولم يوجد خارج من الأرض فلا يجب شىء. والواجب فى المزارعة الفاسدة أجر مثل العمل أو الارض على رب البذر فى الذمة فانعدام الخارج لايمنع وجوبه فى الذمة

(٤) اذا زاد أحدهما للآخر شيئا عن المتفق عليه فان كان ذلك قبل نضج الزرع صح سواء صدر من العامل أو من رب الارض. وان كان بعد نضجه فان كانت من صاحب البذر لاتصح والخارج بينهما حسب المتفق عليه فى العقد وتجوز ممن لابذر له والأصل فى ذلك أنه اذا كان المعقود عليه بحال يجوز ابتداء عقد المزارعة عليه جازت الزيادة وان كان بحال لا يجوز ابتداء العقد عليه لاتجوز الزيادة. والمزارعة لاتجوز على زرع بعد نضجه لان العمل لايؤثر فيه بالنماء: فلا تصح الزيادة. وتجوز عليه قبل نضجه فتصح. وأما الحط فانه يصح مطلقا

(ما تفسد به المزارعة)

تفسد المزارعة بفقدان شرط من شروط صحتها كعدم صلاحية الارض للزراعة . وجهالة المدة . أو من عليه البذر . أو عدم التخلية بين الارض والعامل بأن اشترط العمل على رب الارض وحده أو عليه وعلى العامل . أو أن يجعل لاحدهما أرادب معلومة . أو محصول موضع معين . أو اعطاء البذر لصاحبه ثم قسمة الباقى . أو اعطاء التبن لاحدهما وقسمة الحب لانه قد لايبقى للآخر شىء . أو لاتخرج الارض الا التبن والاصل فى ذلك أن كل شرط يقطع الشركة فى المحصول يفسد المزارعة

وحكم المزارعة الفاسدة أن المحصول يكون كله لصاحب البذر لانه نماء ملكه فان كان صاحبه هو العامل فعليه أجر مثل الارض.

وان كان هو رب الارض فعليه أجرة العامل . وتجب الاجرة بزرع الارض وان لم يخرج شئ لما تقدم فى حكم الاجارة الصحيحة . أما اذا لم يزرعها فلا تجب الاجرة ولو تسلمها من صاحبها ولا يجب على المزارع شئ من أعمال المزارعة لان وجوبه بالعقد ولم يصح . وينبنى على ذلك أنه لو ترك الزرع المعقود على انمائه حتى هلك أو قصر فى حفظه حتى أكلته الدواب فلا ضمان عليه لعدم وجوب العمل ولا الحفظ عليه

(استحقاق أرض المزارعة)

اذا استحقت أرض المزارعة للغير وكان البذر من صاحب الارض والزرع بقل فالمستحق مخير بين ابقاء الارض بأجر المثل الى وقت الحصاد وتدفع الاجرة ممن كان أعطى الارض وبين أن يكلف المزارع بقطع الزرع وتسليم الارض خالية منه . وفى هذه الحالة يكون المزارع مخيرا بين أخذ نصيبه من الزرع وبين تركه لرب الارض وأخذ أجرته هو وأدوات الزراعة منه

وان كان البذر من العامل والزرع بقل وكلفه المستحق بالقلع فالمزارع مخير بين أحد ثلاثة أشياء وهى . أخذ نصيبه مقلوعا . أو تركه وأخذ قيمته من صاحب الأرض مستحق البقاء . أو أخذ الاجرة وقيمة البذر منه

(انتهاء مدة المزارعة وانفساخ عقدها)

متى انتهت مدة المزارعة ينظر . فان كانت الارض خالية من

الزرع أو بها زرع مستحق الحصاد سلمت لصاحبها خالية منه فورا .
وان كان بها زرع لم يبد صلاحه يبقى الى أن ينضج ويلزم المزارع أجرة
الأرض التى يشغلها نصيبه من الزرع . وعليهما الانفاق على الزرع حتى
ينضج بنسبة حصصهما فى الخارج . فان اشتغل المزارع وحده فله
الأجرة على مايخص نصيب رب الارض

وينفسخ عقد المزارعة بأحد أمرين

الأول — بموت أحد المتعاقدين . واذا كان فى الارض زرع لم
يبد صلاحه بقيت المزارعة استحسانا حتى ينضج. وليس الموجود منهما
ولا لورثة الآخر أن يجبر صاحبه على اخلاء الارض قبل نضج الزرع

الثانى — بعذر اضطرارى كما اذا حكم القاضى ببيعها لأداء الدين
بشرط ألا يكون بها زرع بأن لم تزرع أصلا أو زرعت ونضج .فان كان
بها زرع لم يبد صلاحه بقيت المزارعة الى وقت الحصاد : واذا كان لم
تزرعها ولكنه حرثها وسقاها وسمدها وجهزها للزراعة فانها تنفسخ
لعذر البيع أيضا وقالوا انه يجب على صاحب الارض ارضاء العامل
باعطائه قيمة ماتزيد فى الارض بعمله من التحسين

كتاب المساقاة

الكلام على المساقاة ينحصر فى تعريفها.وأركانها.وأصل مشروعيتها
وحكمة المشروعية وصفتها . وشروطها . وأحكامها . وانتهاء مدتها .
وانفساخها واليك بيان كل

(تعريف المساقاة)

المساقاة ويقال لها المعاملة معناها لغة مفاعلة من السقى والمفاعلة هنا على غير بابها . ومعناها شرعا عقد يرد على اصلاح الشجر والكروم بجزء مما يخرج من ثمراتها . ويطلق على كل ماغرس ليبقى فى الأرض سنة فأكثر من كل ماليس لقطعه مدة نهاية معلومة سواء كان مثمراً أم غير مثمر وتكون المساقاة على غير المثمر فى نظير ما يأخذه المساقى من السعف والحطب ونحوها

(أركان المساقاة)

أركان المساقاة اثنان وهما . الايجاب . والقبول . وليس لهما ألفاظ مخصوصة . وتنعقد بالقول والكتابة والاشارة على مامر فى كتاب البيع . ومتى انعقدت فكل عمل قبل ادراك الزرع كسقى وتلقيح وحفظ يكون على العامل . وما بعده كجذاذ وحفظ بعد الجذاذ يكون عليهما

(أصل مشروعيتها . وحكمتها . وشروطها . وأحكامها)

المساقاة كالمزارعة فى شرعيتها . وحكمتها وشروطها التى يمكن وجودها هنا . وخلافا بين الامام وصاحبيه فى أصل المشروعية ولا تختلف عن المزارعة الا فى أربعه أشياء

(١) — أن عقد المساقاة لازم من الجانبين بمجرد للعقد فاذا امتنع أحدهما أجبر عليه بخلاف عقد المزارعة فانه غير لازم من قبل رب البذر قبل القاء بذره لما سبق

(٢) – اذا انتهت المدة فى المساقاة قبل نضج الثمر تترك الأشجار للعامل ليعمل فيها بلا أجر الى أن ينضج الثمر . وأما فى المزارعة فيأخذ أجراً على العمل عن نصيب صاحب الارض فى المدة اللازمة لادراكه

(٣) – اذا استحق الشجر وكان عليه ثمر يرجع المساقى على من أعطاه الشجر بأجرة مثل عمله عن المدة التى عمل فيها . وان لم يكن عليه ثمر وقت الاستحقاق فلا شئ للمساقى . وأما استحقاق الارض فى المزارعة فيختلف حكمها باختلاف من له البذر حسبما هو مبين فى المزارعة

(٤) – أن بيان المدة ليس بشرط فى المساقاة استحسانا على رأى الصاحبين للعلم بوقت ادراك الثمر لانه لايتفاوت تفاوتا يعتد به . وأما المزارعة فيشترط لصحتها بيان المدة على رأى أبى يوسف لأنه قد يتقدم الحصاد أو يتأخر تبعاً لتقدم القاء البذر وتأخره . ولو بينا مدة وجب ألا تكون قصيرة بحيث لاينضج فيها ثمر فان كانت كذلك فسدت المساقاة . وان كانت المدة لايعلم ان كان الثمر ينضج فيها أو لايعلم صح العقد لعدم التيقن بفوات المقصود ثم ان نضج الثمر فى المدة صح العقد وان لم ينضج فسد وللعامل أجرة مثل عمله ان استمر الى حين نضج الثمر فان امتنع قبله فلا أجر له

وكما تصح المساقاة على الشجر والكروم تصح على الرطبة وهى كل ماله أصول فى الارض ليس لقلعها نهاية معلومة بل كلما جزت نبتت وذلك كالكراث والقصب الفارسى . واذ لم تبين المدة وقع العقد على أول جز يحصل بعد العقد . وتصح أيضا على ما تتلاحق آحاده وتظهر شيئا فشيئا كالباذنجان

ولو دفع شخص لآخر رطبة انتهى جذاذها على أن يقوم بخدمتها وسقيها حتى يخرج بذرها ويكون بينهما أنصافا جاز ذلك بلابيان مدة

(انتهاء مدة المساقاة وانفساخ عقدها)

متى انتهت مدة المساقاة وجب تسليم الشجر لصاحبه ان كان خاليا من الثمر فان كان عليه ثمر لم يبد صلاحه فسيأتى حكمه فى انفساخ عقدها

والمساقاة كالمزارعة تنفسخ بأحد أمرين .

الاول — موت أحد العاقدين . واذا كان فى الشجر ثمر لم يبد صلاحه فلرعاية مصلحة الجانبين يستمر العامل أو ورثته على العمل حتى ينضج الثمر ولو جبرا على صاحب الشجر أو ورثته لانه لاضرر على أحد فى ذلك وليس للعامل أجرة فى المدة التى بين انفساخ العقد ونضج الثمر. واذا امتنع العامل أو ورثته عن العمل بعد انتهاء المدة أو انفساخ العقد لا يجبرون عليه ولكنهم اذا أرادوا قطع الثمر قبل نضجه فلا يمكنون منه . وانما يكون الحق للمالك أو ورثته فى أحد ثلاثة أشياء .(١) الموافقة على قطع الثمر وقسمته حسب المتفق عليه (٢) اعطاء العامل أو ورثته من النقود قيمة مايخص نصيبهم مستحقاً للقطع (٣) الانفاق على الشجر حتى ينضج الثمر ثم الرجوع على المساقى أو ورثته بما أنفق أو يأخذ به ثمارا من نصيبه

الثانى — تنفسخ بالعذر المار بيانه فى المزارعة . ومن الاعذار عجز العامل عن العمل لمرض أو عاهة أو نحوهما . أو سفره سفراً مضطرا

اليه ان اشترط أن يعمل بنفسه والا فلا يكون كل منهما عذرا بل له أن يقيم غيره مقامه (١)

---

(١) - المزارعة و المساقاة قانونا

ذكر القانون المزارعة والمساقاة ضمن كتاب الاجارة بالمواد (من ٣٩٦ الى ٤٠٠) لان كلا منهما لا يختلف عن اجارة الاراضى الزراعية وقدجعلهما نوعا واحداً وعنون لها شارح القانون فى صفحة (٢٨١) بقوله (مبحث — فى المزارعة) وعرفها تعريفا يشمل المساقاة حيث قال :

المزارعة عقد يعطى به المالك أرضه المعدة للزراعة . أو المشغولة بالاشجار لآخر ليزرعها أو يستثمرها ويلتزم هذا بأداء نصيب معين من محصولاتها الى المؤجر والمراد بالنصيب المعين جزء شائع كالنصف أو الثلث أو الربع وهكذا

والاحكام التى تختلف فيها المزارعة الشاملة للمساقاة عن اجارة الاراضي الزراعية هى :

(١) — اذا كانت المدة غير مبينة فى العقد تعتبر الاجارة معقودة لاجل حاصلات سنة واحدة

(٢) — يبين بالتفصيل فى عقد المزارعة مايكون موجوداً فى الارض وقت التعاقد من الآلات الزراعية والماشية المملوكة لرب الارض لانها تدخل ضمن عقد المزارعة

(٣) — يجب على الزارع : أن يعنى بحفظ المبانى والحيوانات . وأن يبذل جهده فى خدمة الارض . وأن يجدد بدل الآلات التى بليت من الاستعمال . وأن يعوض الحيوانات التي هلكت بتقصيره . فان كانت قد هلكت بدون تقصيره فلا يلزمه أن يعوضها وانما يجب عليه استبقاء النتاج ليعوض به ماهلك

كتاب الشركة

الكلام على الشركة ينقسم الى قسمين عظيمين وهما : شركة العقد ، وشركة الملك . وليس لمجموع هـذين القسمين تعريف يشملهما لاختلافهما فى الاحكام والشروط اختلافا بينا ولهذا يجب بيان مباحث كل منهما على حدته حتى لايختلط على المطلع أحكام أحدهما بالآخر

شركة العقد

مباحث شركة العقد تنحصر فى : تعريفها . وأركانها . وأصل مشروعيتها . وحكمة المشروعية . وصفتها وأقسامها . وشروطها : وأحكامها . وانتهائها : ولكل من الاقسام وما بعدها مباحث خاصة بها تذكر فى محلها

(تعريف شركة العقد)

شركة العقد عبارة عن تعاقد اثنين أو أكثر على العمل للكسب بواسطة الأموال : أو الاعمال . أو الوجاهة : ليكون الغنم والغرم بينهما حسب الاتفاق المشروع

---

(١) — تنقضى المزارعة بموت المستأجر دون موت المؤجر وبكل حادثة تمنع المستأجر من الزرع
ومتى انقضت المزارعة بأحد هذين السببين يدفع المالك للمستأجر قيمة المصاريف التى صرفها على الزراعة التى لم يحن وقت حصادها

(أركان شركة العقد)

أركان شركة العقد اثنان وهما :الايجاب . والقبول وليس لهما ألفاظ مخصوصة بل كل مادل على شركة يعتبر ايجابا وقبولا كأن يقول شخص لآخر شاركتك فى كذا فيقول الآخر قبلت . أو أعطيتك هذه الألف من الجنيهات المصرية لتدفع مثلها ويكون المجموع رأس مال تجارة ، لنا غنمه وعلينا غرمه ويقبل الآخر

(أصل مشروعية شركة العقد)

شركة العقد مشروعة بالسنة والاجماع . أما السنة فما روى فى الحديث القدسى وهو (يقول الله تعالى أنا ثالث الشريكين مالم يخن أحدهما صاحبه فان خانه خرجت من بينهما) ومعناه أنا معهما بالحفظ والمعونة أنزل عليهما البركات فى تجارتهما حتى اذا خان أحدهما الآخر رفعت المعونة والبركة عنهما . وما روى أن أسامة بن شريك جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أتعرفنى ؟ فقال عليه الصلاة والسلام وكيف لا أعرفك وكنت شريكى ونعم الشريك لاتدارى ولا تمارى . وقد بعث صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون بهذه الشركة فأقرهم عليها حيث لم ينههم ولم ينكر عليهم والتقرير أحد وجوه السنة . وأما الاجماع فما نراه من اشتراك المسلمين فى التجارات من الصدر الأول الى الآن بدون نكير

(حكمة مشروعية شركة العقد)

هذه الحكمة ظاهرة لاتحتاج الى بيان ذلك أن الشريعة الغراء قد تكافت بحفظ الضروريات . والحاجيات . والكماليات . فكل ماأدى الى حفظ واحد منها فهو من مقاصد الشريعة الغراء . ولو بحثنا الآن فى سبب ما فى هذا الوجود من سعادة وهناء لوجدنا أ كثره نتيجة من نتائج الشركات التى حث عليها سيد المرسلين صلى الله عليه وسلم ورغب فيها بكثير من أقواله وأفعاله وتقريراته فمن قوله عليه الصلاة والسلام (يد الله مع الجماعة) وقوله (المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا) ومن يريد معرفة الحكمة من مشروعية هذه الشركات فلينظر الى آثارها فان فيها أوضح بيان لقوم يتفكرون

(صفة عقد الشركة)

صفة عقد الشركة أنه جائز غير لازم من الجانبين حتى ينفرد كل واحد منها بفسخه بدون رضا الآخر ولكن لهذ الفسخ شروط سيأتى بيانها فى أواخر الكلام على هذه الشركة

(أقسام شركة العقد)

تنقسم شركة العقد الى ثلاثة أقسام وهى :

(١) — شركة بالاموال
(٢) — شركة بالأعمال

(٣) - شركة بالوجوه

فالشركة بالأموال عبارة عن تراضى اثنين فأكثر على أن يدفع كل مبلغا معلوما ليتجرا بالمجموع معا أو يتجر كل واحد على حدته فى بعض الأصناف أو يسكتا عن ذلك على أن يكون لهما الربح وعليهما الخسارة بنسبة كذا

والشركة بالأعمال وتسمى شركة التقبل وشركة الصنائع هى عبارة عن تعاقد اثنين فأكثر على أن يتقبلا الأعمال من الغير وما يحصلان عليه من الأجرة يكون بينهما بنسبة كذا . ولا يشترط أن يتحد شركاء الأعمال فى الحرفة بل تصح مع اختلافهم فيها كنجار وحداد كما لايشترط تساويهم فى الربح وان اشترطوا التساوى فى العمل استحسانا والقياس أنه لايجوز . ورأس المال فى هذه الشركة هى مهارة الصناع ، واخلاصهم فى العمل ، وصدقهم فى مواعيد انجاز المصنوعات . فمتى اتصفوا بتلك الصفات الشريفة سعدوا والعكس بالعكس

والشركة بالوجوه هى عبارة عن تعاقد اثنين فأكثر لا مال لهما ولا صناعة على ان يشتريا نسيئة بوجاهتهما ويبيعا نقدا ويكون الربح أو الخسارة بينهما بنسبة ما يملكه كل واحد منهما فيما يشتريانه فلو اشترطا أن يكون بينهما أنصافا كان الربح كذلك ، وان اشترطا أن يكون لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان كان الربح على هذه النسبة . فلو اشترطا أن تكون نسبة الربح مخالفة لنسبة الملك بطل الشرط وقسم الربح على حسب الضمان لان كل واحد يضمن من مال الشركة بقدر ما يملكه فيها . والقاعدة ان الربح يكون تابعا للعمل . أو المال . أو الضمان كثرة وقلة

وكل من هذه الاقسام الثلاثة ينقسم الى . شركة عنان .وشركة مفاوضة . وبهذا تكون أنواع شركات العقد ستة وهى كلها جائزة عند الامام أبى حنيفة وأصحابه .ولايجوز منها عند الامام الشافعى الا شركة العنان فى الاموال . وأما شركة العنان فى الاعمال والوجوه وشركة المفاوضة مطلقا فغير جائزة عنده أصلا

ولكل من شركة العنان وشركة المفاوضة أحكام خاصة بها واليك بيانها

(شركة العنان)

العنان مأخوذ من العن أى الظهور .وسمى هذا النوع من الشركة به لانه يقع على حسب مايعن للشريكين من الاتجار فى كل الاشياء أو بعضها ومع التساوى فى رأس المال والربح أو التفاضل فيهما اذا كانت الشركة بالاموال . ومع التساوى فى الاجرة أو التفاضل فيها فى شركة الاعمال . وكذلك الربح فى شركة الوجوه وقيل ان العنان مأخوذ من عنان الفرس لان كل واحد من الشركاء يجعل عنان التصرف فى مال الشركة بيد الآخرين

وحكم هذه الشركة أنها تتضمن وكالة فقط بخلاف شركة المفاوضة فانها تتضمن وكالة وكفالة وسيأتى بيانها

ويجوز فى شركة العنان بالاموال أن يكون رأس المال والربح متفاضلا أو متساويا ويكون لكل واحد منهم من الربح بنسبة رأس ماله وعليه من الخسارة بهذه النسبة . اذا كانوا يعملون جميعا . أما اذا

كان الذى يعمل هو أحدهم وكانت الانصباء متساوية فى رأس المال فلا تصح الزيادة لغير العامل منهم فى الربح عن نسبة نصيبه فى رأس المال لانه لا يوجد مايقابلها من عمل أو مال أو ضمان . والربح يتبع هذه الأشياء الثلاثة قلة وكثرة . فان اشترطوها لمن لا يعمل صح العقدولغا الشرط وقسم الربح على نسبة ما لكل فى رأس المال . أما للعامل فانها تصح وتجعل فى مقابلة العمل

ويجوز أيضا البيع والشراء بالنقد والنسيئة وبمثل القيمة والغبن اليسير لا الفاحش والا كان الشراء للمشترى خاصة . واذا اشترى من فى يده مال التجارة شيئا مما يتجرون فيه يكون للشركة حتى لو كان الشراء بمال نفسه لكن هذا مشروط فيه قيام مال الشركة فان نفد قبل شرائه وقع الشراء له

وكل من الشركاء أمين على ما فى يده من مال التجارة فلو هلك بدون تعد أو تقصير فلا ضمان عليه والا فعليه ضمانه بقيمته يوم هلاكه ان كان قيميا وبمثله ان كان مثليا

ويجوز لكل واحد من الشركاء العاملين أن يباشر الأعمال التى تستلزمها التجارة كايداع المال المشترك . واعطائه مضاربة . واستئجار الحوانيت والمخازن والأشخاص لحفظ مال التجارة . والتوكيل بالبيع والشراء . والرهن والارتهان . والمحاباة بما لا يصل الى الغبن الفاحش والحط من الثمن بقدر ما يحط التجار بسبب ظهور عيب فى المبيع يقتضى رده الى غير ذلك

واذا اختلف الشركاء فى مقدار الربح أو الخسارة فالقول للمتصرف

بيمينه ان لم توجد بينة تثبت دعوى المدعى لأن هـذا لايعلم الا من جهته .

وحقوق العقد فى أموال الشركة ترجع الى العاقد فلو باع أحدهما شيئا لم يكن لغيره أن يقبض ثمنه أو شيئا منه وللمدين أن يمتنع عن دفعه اليه لأن القبض من حقوق العقد فان دفع الى غير العاقد بدون توكيل منه برئ من حصة من أدى له فقط استحسانا ولم يبرأ من حصة العاقد والقياس أنه لا يبرأ من شئ لأن القابض أجنبى عن المشترى ولا يتعلق به شئ من حقوق العقد فـكان دفع الدين اليه بغير حق فلا يبرأ به المدين أما وجه الاستحسان فلأنه لا فائدة فى ابطال هذا القبض اذ لو أبطلناه لاحتجنا الى اعادة المقبوض الى المدين وهو يرده الى العاقد . والعاقد يرد حصة الشريك اليه

(شركة المفاوضة)

المفاوضة معناها المساواة لتفويض كل من الشركاء أمور الشركة للآخرين تفويضا تاماً

وحكم هـذه الشركة أنها تتضمن كفالة ووكالة . وينبنى على ذلك أنه اذا اشترى أحدهم شيئا كان مشتركا بين الجمع الا ما كان من حاجيات المعيشة للضرورة ولـكن يكون ثمنه دينا على الجميع يطالب به كل منهم سواء كان هو المشترى أو غيره . واذا وجب على أحدهم دين بسبب شى يصح الاشتراك فيه كالشراء والاستئجار والاستقراض كان على الجميع . وان كان بسبب لا يصح الاشتراك فيه كالمهر وبدل

الخلع والصلح عن دم العمد فلا يلتزم به الآخرون لأن مايقابله لا يقبل الشركة

(شروط شركة العقد على العموم)

لشركة العقد شروط كثيرة منها ما يعم الانواع الستة كلها . ومنها ما يخص البعض دون الآخر

فأما الشروط العامة فهى :

(١) ـ أن يكون كل من العاقدين أهلا للوكالة لأن كل واحد منهما قد أذن لصاحبه فى التصرف فى رأس مال الشركة : وفى تقبل الاعمال . وفى استجلاب السلع وبيعها

(٢) ـ أن يكون نصيب كل شريك فى الربح معلوم القدر فان كان مجهولا فسدت الشركة

(٣) ـ أن يكون الربح جزءاً شائعا فى الجملة كالنصف أو الثلث فلو فرض لأحدهما شيء معين كعشرة جنيهات شهريا فسدت الشركة لانها قد لا تربح غير القدر المعين فلا تتحقق الشركة فى الربح

وأما الشروط التى تختص بشركة الاموال فهى .

(١)ـ أن يكون رأس المال من الاثمان المطلقة التى لا تتعين بالتعيين فى المعاوضات وهى النقود المضروبة من الذهب والفضة سواء كانت الشركة شركة عنان أو شركة مفاوضة وعلى ذلك لا تصح شركة العقد على العموم فى عروض التجارة وغيرها مما يتعين بالتعيين الا بأن يبيع

كل من الشريكين نصف ماله بنصف مال صاحبه حتى يصير مال كل واحد منهما قدر مال الآخر وتحصل شركة ملك بينهما ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة . فان كانوا أكثر من واحد تبايعوا حسبما ذكر

(٢) ـ أن يكون رأس مال الشركة حاضراً فلا يصح أن يكون كله أو بعضه غائبا أو دينا فى الذمة سواء كانت الشركة شركة عنان أو مفاوضه . وهـذا الشرط هو لبقاء عقد الشركة صحيحا لأن حضور رأس المال ليس بواجب وقت العقد وانمـا هو واجب وقت الشراء لأن عقد الشركة يتم به فيعتبر الحضور عنده

وأما الشروط الخاصة بشركة المفاوضة فهى .

(١) ـ أنها لا تنعقد الا بلفظ المفاوضة لخفاء شروطها وأحكامها ولا يجمع هذه الشروط والأحكام الا هذا اللفظ . فان بين جميع ما يتعلق بها من الشروط والاحكام فى مجلس العقد صحت بدون ذكره

(٢) ـ أن يكون كل من المتعاقدين أهلا للـكفالة بأن يكون حراً بالغا عاقلا مطلق التصرف فى أمواله

(٣) ـ أن يتساوى الشريكان أو الشركاء فى الاموال التى تصح فيها الشركة وهى النقدان والفلوس الرائجة والذهب والفضة غير المضروبين اذا تعورف التعامل بهما . ويشترط أن يبقى هـذا التساوى من يوم العقد الى يوم انفساخ الشركة حتى أنه اذا ملك أحدهما شيئا مما يصح الاشتراك فيه بارث أو وصية أو هبة يكون مشتركا بينهما واذا امتنع عن ادخاله فى الشركة بطلت كما سيأتى فى انفساخ الشركة

(٤) ـ أن يتساوى الشريكان فى التصرف فلا تصح بين الصغير والـكبير

ولا بين الحر والعبد ولا بين الصغيرين أو العبدين لعدم التساوى فى التصرف من جهة . ولعدم صحة الكفالة من الصغار والعبيد من جهة أخرى

(٥) ـ أن يتساوى الشريكان فى الدين على رأى الامام ومحمد فلا تصح بين مسلم وذمى لعدم تساويهما فى التصرف اذ الذمى يختص بتجارة لا يجوز للمسلم مباشرتها كالاتجار بالخمر والخنزير . وقال أبو يوسف تصح بينهما لاستوائهما فى أهلية الوكالة والكفالة

(٦) ـ أن يتساوى الشريكان فى الاجرة اذا كانت الشركة شركة تقبل . وفى الربح ان كانت شركة مال أو وجوه . فان اختل شرط من هذه الشروط صارت الشركة شركة عنان ان استوفت شرائطها . والا كانت شركة فاسدة

(انفساخ شركة العقد)

تنفسخ شركة العقد على اختلاف أنواعها بأحد الأمور الآتية :

(٢) — أن يفسخ أحد الشريكين العقد ولو بدون رضا الآخر لأنه من العقود غير اللازمة

(٢) — أن يخرج أحد الشريكين عن أهلية التصرف بأن يجن جنونا مطبقا لانه يخرج به عن أهلية الوكالة وهذا الخروج يبطل عقد الشركة لتضمنها اياه

(٣) — موت أحد الشريكين لبطلان الملك ولا يقوم الوارث مقامه فيها الا بعقد جديد

(٤) — أن يرتد أحدهما عن الاسلام والعياذ بالله تعالى مع اللحاق بدار الحرب لان ذلك بمنزلة الموت . ويشترط علم الشريك الآخر بالفسخ فى الصورة الاولى فقط

وتنفسخ شركة المال مفاوضة وعنانا بواحد مما يأتى :

(١) — هلاك المالين أو أحدهما قبل الخلط سواء كانا من جنسين أو من جنس واحد لأن النقود تتعين فى الشركات فاذا هلك ما يخص أحدهما قبل خلطه بغيره فقد هلك ما تعلق العقد بعينه قبل تمامه فيبطل العقد.

(٢) — فوات المساواة فى شركة المفاوضة بين الشريكين أو الشركاء فى رأس المال بعد وجودها فى ابتداء العقد كما اذا ورث أحدهما مالا من جنس أموال الشركة ولم يدخله صاحبه ضمن رأس مالها فان الشركة تبطل لبطلان المساواة التى هى روح العقد . وان ورث عروضا لا تبطل كما لا تبطل اذا ورث ديونا لم يقبضها

شركة الملك

الكلام على شركة الملك ينحصر فى : تعريفها . وأقسامها . وأحكام تصرفات الشركاء فى الأعيان المشتركة . وكيفية الانتفاع بها . وعمارة الملك المشترك . واقامة الحائط المشترك

(تعريف شركة الملك)

شركة الملك هي أن يملك اثنان أو أكثر شيئا عينا كان أو دينا بسبب من أسباب الملك

(أقسام شركة الملك)

تنقسم شركة الملك الى قسمين . اختيارية . وجبرية

فالاختيارية ما كانت بفعل الشريكين أو الشركاء كشراء شخصين أو جملة أشخاص شيئا شائعا بينهما . وكقبولهما الهبة والوصية والصدقة لهما . وكخلطهما أموالهما اختيارا بحيث يتعذر فصلها كخلط حنطة بحنطة أو يتعسر كخلط حنطة بشعير

والجبرية هي ماحصلت بغير فعلهما بأن كانت بسبب الارث . أو اختلاط المالين اضطرارا بحيث يتعذر أو يتعسر فصلهما كما اذا كان بين الحنطتين . أو الحنطة والشعير مثلا حاجز فهلك واختلط المالان ببعضهما

(أحكام تصرفات الشركاء فى الأعيان المشتركة)

لتصرفات الشركاء فى الأعيان المشتركة جملة أحكام :

منها — أن كل واحد من الشركاء يعتبر كأنه أجنبي فى التصرفات المضرة بحصة شريكه فليس له أن يتصرف فيها تصرفا يضر بها الا باذن صاحبها لأنه لاملك له فيها ولا ولاية له عليها . فان تصرف بدون اذنه كان تصرفه موقوفا على الاجازة فان أجازه نفذ والا بطل . ولو كان التصرف بالبيع وسلم المبيع للمشترى فهلك فى يده كان لشريكه الحق فى أن يضمن شريكه أو المشترى فان ضمن الشريك اعتبر هذا التضمين اجازة للعقد وأخذ منه ثمن حصته . وان ضمن المشترى اعتبر فسخا ورجع على البائع بما ضمن . وكذلك الحكم اذا كان الشراء من أكثر

من اثنين وباع أحدهم المال المشترك وسلمه باذن بعض الشركاء وبدون اذن البعض الآخر فلمن لم يأذن تضمين من أذنوا . أو تضمين المشترى

ومنها أنه اذا كانت الشركة بغير خلط الأموال اختياراً أو اختلاطها اضطراراً فانه يجوز لكل واحد من الشركاء أن يتصرف فى حصته بدون اذن شريكه بسائر التصرفات الشرعية التى لايترتب عليها ضرر لشريكه سواء كان التصرف لشريكه أو لغيره لقدرته على التسليم فى كلتا الحالتين فان كان فى التصرف ضرر فلا يجوز بدون اذن الشريك لأن الضرر يزال شرعاً

ومنها أنه اذا كانت الشركة بسبب الخلط والاختلاط فلا يخلو الحال من أن يكون تصرف المالك فى حصته لشريكه أو لأجنبى فان كان لشريكه صح للقدرة على التسليم . وان كان لأجنبى فلا يجوز الا باذن شريكه وعللوا ذلك بأن الخلط والاختلاط لايترتب عليهما الاشتراك فى كل حبة من المخلوط بل كل حبة مملوكة بجميع أجزائها لواحد من الشريكين وهو صاحبها الاصلى فلو باع نصيبه لأجنبى فلا يقدر على تسليمه الا مخلوطا بملك غيره والتصرف فى ملك الغير بلا اذنه يكون موقوفا على الاجازة فان أجازه نفذ والا بطل ولكى يتيسر لكل واحد منهما أن يتصرف فى نصيبه بدون توقف على اذن الآخر يجب أن يبيع كل منهما نصف حصته بنصف حصة الآخر حتى تحصل شركة ملك فى كل حبة من المخلوط ثم يتصرف فى نصيبه بعد ذلك بدون استئذان شريكه

(كيفية الانتفاع بالأعيان المشتركة)

ينتفع الشركاء بالاعيان المشتركة بنسبة أنصبائهم فيها فيجوز لكل شريك أن يسكن فى الدار المشتركة بقدر حصته ويزرع من الارض بهذا القدر . وكما يجوز له أن ينتفع بنفسه يجوز له أن يملك المنفعة لغيره بعوض أو بغير عوض بشرط ألا يكون فى شيء من ذلك ضرر لبقية الشركاء

واذا انتفع أحد الشريكين بكل العين المشتركة دون الشريك الآخر اتبع ما يأتى

(١) — اذا كان المنتفع شريكا لوقف أو ليتيم وجب عليه أجرة نصيب كل منهما فى جميع المدة التى انتفع بها ولو كان ناظر الوقف ووصى اليتيم حاضرين

(٢) - اذا كان شريك المنتفع مالكا رشيدا وكان حاضرا وقت انتفاع شريكه بالعين المشتركة فليس له أن يطالبه بأجرة المدة الماضية ولا أن يطلب الانتفاع بالعين المشتركة بقدر ما انتفع شريكه سواء كان الانتفاع يختلف ضرره باختلاف المنتفعين كاللبس والركوب أو باختلاف نوع الاستعمال كالزرع والحمل أو لا يختلف كالسكنى لأنه بسكوت الشريك الحاضر فى المدة التى انتفع فيها شريكه يعتبر راضيا بهذا الانتفاع دلالة . ولأن الاعيان المشتركة تجعل فى حق الانتفاع كأنها مملوكة بتمامها لكل واحد من الشريكين أو الشركاء وهذا مايسمونه الانتفاع بتأويل ملك اذ لو لم تجعل كذلك لا يجوز لواحد

منهم أن ينتفع بها لأن كل جزء مشترك بين الجميع فتتعطل منافع الملك وذلك غير جائز . وانما الذى يجوز لغير المنتفع هو أن يطلب قسمة العين المشتركة قسمة افراز ان كانت قابلة للقسمة والا فله الانتفاع مع شريكه بالمهايأة المكانية أو الزمانية فى المستقبل بحكم القاضى أو بالتراضى

(٣) اذا كان شريك المنتفع مالكا رشيدا ولكنه كان غائبا فلا يخلو الحال من أن يكون الانتفاع يضر بالعين المشتركة أو لا يضر بها فان كان يضر بها فلا يجوز له الانتفاع سواء كانت العين دارا أو مزرعة أو غيرهما . وعليه اذا أراد الانتفاع بنصيبه أن يطلب من القاضى اقامة وكيل عن الغائب ليقاسمه قسمة افراز ان أمكنت والا فمهايأة . وللقاضى أن يكلف هذا الوكيل أو غيره باستثمار حصة الغائب والمحافظة عليها بأجر أو بغير أجر الى حين حضوره . وان كان لايضر بها بأن كانت سكنى الدار وزراعة الارض واستعمال المنقولات تفيدها ولا تنقصها كان له أن ينتفع بها كلها وليس لشريكه اذا حضر أن يطلب منه أجرة حصته ولا أن ينتفع بالعين كلها بقدر ما انتفع شريكه لانه انتفع بتأويل ملك وبلا ضرر على أحد

ومن جميع الاحوال السابقة تكون حصة غير المنتفع أمانة فى يد الآخر فان هلكت بدون تعديه فلا ضمان عليه

(عمارة الملك المشترك)

عمارة الملك المشترك واصلاح ما يطرأ عليه من الوهن والاختلال يكون على جميع الشركاء بنسبة أنصبائهم . فان اتفقوا على العمارة والاصلاح

بالاشتراك فيها . ووجب على كل شريك أن يدفع للأجير الذى يقوم بالعمارة والاصلاح ما يخصه من المصاريف أو يدفعه لمن يلتزم من الشركاء بمباشرة العمارة . واذا لم يتفقوا بأن طلب البعض العمارة وامتنع البعض الآخر عن الاشتراك فى الصرف عليها اتبع ما يأتى

(١) - اذا كانت العين المشتركة قابلة للقسمة فلا يجبر الممتنع على العمارة لامكان الافراز فيستقل كل شريك بنصيبه ويجرى فيه ما يريد . ومما يعتبر قابلا للقسمة ما اذا كانت العين المشتركة داراً أو نحوها فانهدم بناؤها وصارت فضاء ولو كانت قبل الانهدام غير قابلة لها سواء كانت مشتركة بين مالكين تامى الاهلية .أو بين يتيمين أو وقفين

(٢) - اذا كانت العين المشتركة غير قابلة للقسمة بأن كانت دارا انهدم بعض بنائها ولا تمكن قسمتها أجبر الممتنع على العمارة بالاشتراك مع الآخر مطلقا ويصرف على حصة اليتيم من ماله وعلى حصة الوقف من ريعه حتى لا يتعطل الانتفاع بهذه العين اذ الافراز غير ممكن .

وكما أنه يجبر الممتنع على العمارة فى هذه الصورة كذلك يجبر على الازالة والهدم اذا كان فى بقاء البناء ضرر . وينبنى على ذلك أنه اذا خيف من سقوط حائط مشترك وأراد أحد الشريكين هدمه وامتنع الآخر أجبر على الاشتراك فى هدمه

أما حكم اقامة الحائط المشترك فسيأتى بيانه قريباً فى مبحث خاص به

وفى جميع الاحوال السابقة اذا صرف أحد الشركاء على العمارة باذن شريكه أو أمر القاضى فله الرجوع عليه بما صرفه على حصته وان صرف بلا اذن اعتبر متبرعا ولا رجوع له عليه

هذا كله اذا كان كل من الشريكين حاضراً فان كان أحدهما حاضراً والآخر غائبا وأراد الحاضر العمارة كان عليه أن يستأذن القاضى فى الصرف عليها حتى يجوز له الرجوع على الغائب بما صرفه على حصته فان صرف بلا اذنه فلا رجوع له عليه بشئ

(اقامة الحائط المشترك)

اذا كان لشخصين حائط مشترك فانهدم وأراد أحدهما اقامته وامتنع الآخر ينظر . فان كانت أرض الحائط ضيقة لاتسع حائطين أجبر الممتنع على البناء مع شريكه سواء كان على الحائط سقف لكل منهما . أو لم يكن عليه سقف أصلا . أو كان عليه سقف لاحدهما. ولا فرق بين أن يكون من له السقف هو مريد البناء . أوالممتنع وان كانت أرض الحائط عريضة تسع حائطين ينظر : فان كان عليه سقف لكل منهما أجبر الممتنع على الاشتراك فى البناء : وان لم يكن عليه سقف أصلا فلا يجبر الممتنع لامكان القسمة واستقلال كل واحد باقامة حائط له خاصة . وان كان عليه سقف لأحدهما دون الآخر . فان كان الممتنع هو من له السقف فلا يجبر لانه لا ضرر على مريد البناء فى القسمة واقامة حائط على ما يخصه وان كان هو من لاسقف له أجبر على البناء حتى لايتضرر صاحب السقف بالبناء وحده لان اتساع عرض الحائط الذى عليه سقفه يفيده وقد اكتسب هذا الحق من قبل فلا يسلب منه الا برضاه

وفى جميع الصور التى يجبر فيها الممتنع على البناء اذا بنى الآخر بلااذن

الشريك ولا أمر القاضى كان متبرعاً فلا يرجع على شريكه بشئ . واذا بنى بالاذن أو الأمر رجع عليه بما يخص نصيبه فى المصاريف وله أن يمنعه من الانتفاع بالحائط حتى يؤدى ما وجب عليه

(الديون المشتركة)

الكلام على الديون المشتركة قد تقدم فى مبحث المداينات مفصلا فلا حاجة لاعادته (١)

---

(١) - الشركات قانونا

الشركات مبينة فى القانون بالمواد (من ٤١٩ الى ٤٦٢) بما فى ذلك قسمة الاموال المشتركة . وسنورد هنا ما يتعلق بالشركات من المباحث دون ما يتعلق بقسمتها لأن القسمة لا نظير لها في مبحث الشركات الشرعية المقرر دراستها بمدرسة الحقوق الملكية وقد التزمنا ألا نذكر من مباحث القانون الا ماله نظير فى هذا الكتاب من أحكام الشريعة الغراء

وقد جاء بيان هذه الشركات فى القانون موجزاً ايجازاً جعل أكثر نصوصه كما قال شارح القانون كالأحاجى يتعذر على من لم يقرأ باب الشركات فى قانون التجارة أن يفهم منه الا يسيرا الى أن قال : وقد حدانا ايجازه الى الايجاز ولم نخالفه الا فى مقدمة صغيرة نذكر بها أنواع الشركات ومميزاتها العامة تسهيلا لادراك بعض الأحكام التي وردت مبهمة

ثم أبان الشارح أقسام الشركات وما يميز كل نوع عن الآخر واليك محصل ما جاء به (فى صفحة ٣١٦ وما يليها الى صفحة ٣٢٨) =

= (أقسام الشركات قانونا)

تنقسم الشركات على العموم الى قسمين كبيرين وهما : شركة العقد . وشركة الملك . ويلتحق بهما مبحث فى الجمعيات وقد جعل شارح القانون لشركة الملك عنوانا خاصا بها هو (الشيوع)

وتنقسم شركات العقد الى قسمين أيضا وهما : الشركات التجارية . والشركات المدنية

وتنقسم الشركات التجارية الى أربعة أنواع وهى :

(١)ـ شركة التضامن
(٢)ـ شركة التوصية
(٣) ـ شركة المساهمة
(٤) ـ شركة المحاصة
واليك بيان كل

(١)ـ شركة التضامن

شركة التضامن عقد بين اثنين أو أكثر يتفقان فيه على الاتجار معا فى عمل أو أعمال معينة برأس مال مقدر يتألف من أجزاء يقدم بعضها كل شريك. وكل جزء من تلك الاجزاء يسمى سهما

والشركاء فيها متضامنون فى تعهداتها قبل الغير يوفون بأموالهم ما نقص من ديون الشركة بعد نفاذ مالها . ولها مركز أى محل يختلف اليه فى جميع أشغالها وما يتعلق بها : ولها اسم خاص بها هو اسم واحد أو أكثر من الشركاء ويسمى عنوانا . وذلك كشركة (حسن باشا مدكور واخوته) سابقا . ولها عمل معين تتجر فيه . ومدة تدوم الى أن تنقضى الا اذا وجد عارض يحلها . ولها مدير أو أكثر . ولها عقد رسمى أو غير رسمى يبين فيه ذلك كله ويسجل ثم ينشر فى

صحيفة من الصحف المقررة لنشر الاعلانات القضائية فى البلدة التى بها مركز الشركة

ويجب أن يشمل اعلان النشر : أسماء الشركاء . والقابهم . وصفاتهم . ومساكنهم . وعنوان الشركة . وأسماء المأذونين بالادارة وبالتوقيع عن الشركة وما جمع من رأس مالها . وما وجب تحصيله ووقت ابتداء أعمال الشركة . وزمان انقضائها

ويجب أن تتم هذه الاجراءات كلها فى خمسة عشر يوما من تاريخ توقيع عقد الشركة والا فهى ملغاة

ومبنى هذه الشركة الثقة المتبادلة بين الشركاء ولذلك تنحل بموت أحدهم ولا يسوغ أن يحل شخص أجنبى عن الشركة محل أحد الشركاء الا باذن الآخرين حتى أن ورثة الشريك لا تحل محله الا برضا باقى الشركاء

(٢)ـ شركة التوصية

شركة التوصية لا تختلف عن شركة التضامن فى جميع ما تقدم الا فى كون أعضائها ينقسمون الى : متضامنين وغير متضامنين وهؤلاء يقال لهم موصون وبصفتهم سميت الشركة . وادارتها فى يد الشركاء المتضامنين وعنوانها باسم واحد منهم أو أكثر وتبعة هؤلاء غير محدودة أمام الغير كما تقدم . وتبعة الموصين على قدر سهام كل واحد منهم وكل من عمل منهم عملا باسم الشركة أصبح متضامنا . وكل شركة تضامن قد تتحول الى شركة توصية بدخول أعضاء غير متضامنين فيها . وبالعكس بأن يصير غير المتضامنين متضامنين بأن يشتغلوا باسم الشركة أو باسمائهم باذن خاص

(٣)ـ شركة المساهمة

هذه الشركة عنوانها هو هذا العنوان لا اسم أحد الشركاء . ولا تضامن فيها

= ومديرها ينتخب لمدة معينة من بين الشركاء أو من الخارج ويجوز أن يكون واحدا أو أكثر . ولا توجد الا بأمر من الجناب العالى بناء على قرار من مجلس النظار ينشر مع عقدها بالصورة السابقة فى شركة التضامن

وسندات أسهمها غالبا لحاملها فتنتقل ملكيتها بالتنازل من شخص الى آخر مع ذكر الانتقال فى دفاتر الشركة . وما أسس منها فى القطر المصرى يكون مصريا . ولا يسأل الشريك الا على قدر ماله من السهام ومن هذه الشركات فى مصر : (١) شركة الغاز والكهرباء (٢) شركة الترام (٣) شركة المياه (٤) سليم وسمعان صيدناوى وشركاهم لمتد

(٤) ـ شركة المحاصة

هذه الشركة عبارة عن اتفاق اثنين أو أكثر على القيام بعمل أو جملة أعمال تجارية . وليس لها عنوان شركة . ولا رأس مال ولا قانون سوى عقدها ولا يشترط فيه شئ مما اشترط فى غيره من عقود الشركات التجارية الاخرى ويكفى لاثباتها تقديم دفاترها . أو الخطابات المتبادلة بينها وبين الغير وتنحل بتمام العمل أو الاعمال التى تألفت لاجلها وأمثلتها لاتحصى عداً فكل شخصين أو أكثر اشتركا فى الاتجار معا فى أى شيء من المنقولات المباح الاتجار فيها يكونان شركة محاصة الا اذا كانت شروطها تقضى بأن تكون من الانواع الاخرى

وهذه الشركة تشبه شركة التضامن فى أن كل شريك مسئول قبل الغير بقدر نصيبه عن ديون الشركة فى أمواله الخاصه اذا لم تقف أموال الشركة بها ولا تشبهها فى عدم تضامن الشركاء فى ذلك بل كل واحد مسئول بقدر حصته فقط فلا يرجع عليه أحد الدائنين اذا لم يف مال شريكه بالديون التى تخص حصته

(الشركات المدنية)

الشركات المدنية نوع واحد وهو شركة المحاصة وتتألف بقيام شخصين أو =

= أكثر بعمل لا يعتبره القانون عملا تجارياً . وهى تارة تأخذ شركة تجارية ولكنها ليست كذلك كجميع الشركات العقارية على اختلاف أنواعها فان القانون لا يعتبرها شركات تجارية وان كان موضوعها الاتجار بالعقارات . وتارة لا تأخذ شكلها كأن يشترك اثنان أو أكثر فى شراء شىء للانتفاع به مشاعاً أو بعد افرازه ولو كان الشراء من تاجر . وهذه الشركة لا تسرى عليها أحكام الشركات التجارية وشروطها

(شخصية الشركة على العموم)

اعتبر القضاء الاهلى الشركات أشخاصا اعتبارية فى غالب أحكامه وان كان القانون لم ينص على اعتبارها كذلك ومن رأى شارح القانون أنه لا يصح اعتبارها أشخاصا اعتبارية لأن وجوده وجود حكمى أى استثنائى وأخذ الاستثناء بالظن غير مسلم به

(اثبات عقد الشركة)

يصح اثبات عقد الشركة أياً كان بجميع الطرق القانونية ومنها شهادة الشهود لأن القانون لم يشترط لاثبات عقدها أدلة معينة وكل ما لم يرد به نص ترجع فى الحكم به الى القواعد العامة

(الفصل الاول . فى أركان الشركة)

هذا الفصل يشتمل على . التعريف . والأركان . والشروط . وللشروط مباحث خاصة بها نذكرها ان شاء الله مفصلة

تعريف الشركة

الشركة على اختلاف أنواعها هى عقد بين اثنين أو أكثر يلتزم به كل واحد =

= منهم بأن يخصص جزءاً من ماله لتكوين مجموع مالى يسمى رأس المال ليستخدمه فى عمل سائغ . لهم غنمه وعليهم غرمه

أركان الشركة

ليس للشركات عموما أركان خاصة بها بل لها الاركان العامة لجميع العقود وهى: الرضا . والاهلية . والموضوع . والسبب الجائز . فاذا فقدت الشركة أحد هذه الاركان كانت باطلة . ويترتب على ذلك أن الشركات التى تتألف لغرض تهريب البضائع من الجمارك . وادخال المحظور ادخاله الى القطر المصرى كالحشيش . أو لغرض خلط المأكولات والمشروبات بما ليس من مادتها . أو للعبث بقوانين الثروة العامة أو للتدليس على الناس والتغرير بهم فيما يقدم اليهم من السلع والمتاجر . الى غير ذلك تعتبر باطلة قانونا

وقد أجمع علماء القانون على أنه لايجوز لأحد الشركاء فى شركة لها غرض من تلك الاغراض أن يطلب نصيبه من الربح ممن هو فى يده لأنه ربح حرام ولم يعبأوا بما يترتب على هـذا المنع من معاملة القابض على السحت معاملة أخف وأصلح من معاملة غيره

ثم قال شارح القانون (صفحة ٣٢٠) ولعل المقنن يضع من النصوص مايوجه ذلك الربح الممنوع الى عمل من أعمال النفع العام

شروط الشركة

لكل شركة من الشركات السابق بيانها شروط ثلاثة وهى :

(١) — أن يقدم كل شريك قسما من المال يقال له حصة

(٢) — أن تضاف حصص الشركاء ليتكون منها مجموع واحد يسمى رأس المال

(٣) — أن يكون الربح والخسارة على الجميع

ولكل من هذه الشروط بيان خاص به يعلم مما يأتى :

(١) — الحصص

كما يصح أن تكون الحصة من النقدين وهو الغالب يصح أن تكون عقارا . أو منقولا . أو عملا يقوم به من له خبرة خاصة من الشركاء بشىء من لوازم الشركة ويعتبر عمله هذا سهما له فى رأس المال

ويشترط بيان ما يقدمه كل واحد من الأموال بيانا تاما سواء كان نقدا أو عقاراً . أو منقولا . ولا يشترط أن تكون حصص الشركاء متساوية بل كل يدفع فى رأس المال بقدر استطاعته المالية . واذا وضع أحدهم كل أمواله فى الشركة يجب أن تحصر فى قائمة خاصة بها .

وحصة من قدم عمله مقابل ما لزمه فى رأس المال تعتبر مساوية لأقل حصة قدمها الشركاء عينا . واذا وضع حصة أخرى فى رأس المال كان له بحسبها فيه

(٢) — رأس المال

رأس المال هو مجموع حصص الشركاء وهذا المجموع يعتبر شيئا قائما بذاته مستقلا عن حقوق الشركاء وواجباتهم . ومملوكا للشركة ملكا تاما ان كان عينا مالية . ولها فيه حق التصرف بما يقتضيه العقد ان كان منفعة أو حق ارتفاق . واذا هلك شىء من رأس المال أو تعيب فعلى الجميع . وقد يشترط غير ذلك

(٣) — الاشتراك فى الربح والخسارة

يشترط لصحة الشركة أن يكون كل من الربح والخسارة مشتركا بين الشركاء فلا يجوز أن يشترط حرمان أحدهم من الربح ولا عدم التزامه بسهم فى الخسارة . الا الشريك الذى دخل بعمله فيجوز اشتراط عدم تحمله شيئا فى الخسارة . وفى هذه الحالة لا يكون له أجر خاص سوى نصيبه فى الربح

ويشترط أيضا أن يبين مقدار الربح والخسارة شائعا لكل شريك . فان لم يبينا كان كل منهما على نسبة الحصة فى رأس المال . وان بين الربح دون الخسارة كانت بنسبة الربح

(الفصل الثانى - فيما يترتب على الشركة)

هذا الفصل يشتمل على : تعهدات الشركاء للشركة . وحقوق الشركاء عليها وحقوق الغير قبلها .

(١) — تعهدات الشركاء للشركة

متى انعقدت الشركة صحيحة كان على الشركاء لها ما يأتى :

(١) — أداء كل شريك حصته فى رأس المال فى الوقت المتفق عليه وضمانه عند الاستحقاق بأن يؤدى غيره للشركة معضمان ما يترتب على تأخيره فى الدفع وعلى الاستحقاق من الخسارة للشركة بعد طلب الشركة لهذا الضمان طلبا رسميا . فان كانت الحصة نقدا فعليه فائدتها من يوم الطلب ولو كان قد جلب للشركة ربحا يساوى الحصة التى تعهد بأدائها فلا يقبل منه طلب المقاصة بين ما نالها من الربح والخسارة بفعله

(٢) — أن يعنى كل شريك بمال الشركة عنايته بأموال نفسه . فاذا كان شخص مدينا لكل من الشركة وأحد الشركاء شخصيا فى ألف جنيه ودفع للشريك ألفا أو أقل ولم يذكر المدين أنه يدفع للشركة أو للشريك أو لهما وجب قسمة المبلغ بين الشركة وبين الآخذ مناصفة

(٣) — أن يتحمل فى الخسارة حسب المشروط فان لم يوجد شرط تحمل بنسبة ربحه واذا خسرت الشركة أكثر من رأس المال وجب أن يتحمل سهما مناسبا لنصيبه فى الربح بدون تضامن لبقية الشركاء

(٤) — أن يؤدى للشركة فوائد المبالغ

(٥) — أن يبقى على شركته ولا يتنازل عما يخصه فيها لغيره الا اذا كان هناك نص صريح فى العقد يخول له ذلك

حقوق الشركاء على الشركة

يثبت للشركاء على الشركة من الحقوق مايأتى

(١) — ان يكون له نصيب فى الربح حسب المشروط أو نص القانون

(٢) — أن يأخذ فوائد ماله على الشركة من الديون . وأن يستعيض عما صرفه فى منفعة الشركة بشرط أن يكون الصرف فى الوجوه اللائقة عادة وبدون غش ولا تدليس

(٣) — أن يطلع على ادارة أعمال الشركة

(٤) — أن يشرك غيره معه فى ربحه من الشركة مع بقاء هذا الغير أجنبيا عنها فان (شريك الشريك غير شريك)

(٥) — للشريك أن يستوفى حقه الذى ثبت له على الشركة من جميع الشركاء فان أعسر أحدهم قسم نصيبه من الباقين

(٣) — حقوق الغير قبل الشركة

لا يثبت للغير حق قبل الشركة الا اذا تعاقد معها بواسطة مديرها أو أحد الشركاء الذين لهم بمقتضى نوع الشركة أو اذن خاص حق التعاقد عنها . وكل شريك تعاقد مع الغير باسمه خاصة يكون ملزما وحده بما تعهد به وليس للأجنبى الرجوع على الشركة الا اذ كانت تجارية أو شركة محاصة . أو كان مأذونا من باقى الشركاء بالتعامل من الغير باسمهم أو باسم الشركة فان الجميع يكونون ملزمين معه لهذا الغير . وهذا الالتزام يكون بدون تضامن الا اذا وجد نص صريح يفيد خلاف ذلك . واذا نال الشركة ربح من تعاقد هذا الاجنبى مع الشريك باسمه أو باسم الشركة كان له أن يطلب مايخصه فيه من جميع الشركاء كل بنسبة ماناله من الربح الناشىء عن ذلك العمل

(الفصل الثالث — فى ادارة الشركة)

الشركات التى تقوم بأعمال عظيمة ولها شركاء متعددون يدير أعمالها مدير منتخب من أعضائها أو من غيرهم وقت العقد أو بعده ويجوز أن يكون المدير أكثر من واحد . وأما الشركات الصغيرة التى لايزيد أعضائها عن ثلاثة يجوز لكل شريك أن يدير أعمالها التى يخصه بها باقى الشركاء بعد توزيعها عليهم

ويجب أن تدار الشركة على وفق المشروط فى العقد والغرض الذى أنشئت لأجله . ولايجوز أن يطلبوا من الشركاء مالا جديدا غير ماقاموا بأدائه بمقتضى العقد الا اذا كان لدفع دين الشركة وهو عام فى جميع الشركات حسب التفصيل السابق بيانه فى كل شركة . أو اذا كان للصرف منه فى حفظ أموالها وذلك فى غير شركة المساهمة والتوصية أما فيهما فلا يجوز الطلب لاجل ذلك

والغالب أنه ينتخب فى الشركات الكبيرة لمساعدة المدير أعضاء يتكون منهم ومن المدير مجموع يسمى مجلس ادارة . واذا لم يعين للشركة مدير أدارها جميع الشركاء واعتبر كل واحد وكيلا عن الباقين . ويتبع رأى الاغلبية اذا اختلفوا فى عمل من الأعمال

(الفصل الرابع — فى انقضاء الشركة)

تنقضى الشركة بأحد الأشياء الآتية :

(١) — انتهاء الميعاد المحدد للشركة

(٢) — انتهاء العمل المنعقدة لأجله

(٣) — هلاك مال الشركة أو أكثره بحيث لايمكن أن يعمل بالباقى عمل نافع

(٤) — موت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو افلاسه . ان لم يشترط خلاف ذلك هذا فى غير الشركات التجارية . أما هى فلا تبطل بواحد مما ذكر اذا كان من مات . أو حجر عليه . أو أفلس غير متضامن

(٥) — اتفاق جميع الشركاء على الغائها
(٦) انفصال أحد الشركاء اذا كانت مدة الشركة غير معينة : ولم يك هذا الانفصال مبنيا على غش ولا فى وقت غير لائق
(٧) بحكم القضاء بانقضائها بناء على طلب أحد الشركاء لعدم قيام واحد منهم أو أكثر بما تعهد به . أو لحصول نزاع شديد بينهم يعرقل أعمال الشركة أو لأى سبب آخر يقتضى الفسخ

(الشيوع — أو شركة الملك)

الشيوع هو أن يملك اثنان أو أكثر شيئا مشتركا بسبب من أسباب الملك كأن يشتروا مما : أو يرثوا . أو يخلطوا أموالهم . الخ ماسبق بيانه فى كتاب شركة الملك الشرعية

الشيوع حالة وقتية فيجوز الافراز فى كل وقت لان الانسان لايجبر على البقاء شريكا لا اذا تعهد جميع الشركاء بتأجيل القسمة الى زمن معين فلايجبر أحد عليها قبل حلول الاجل

وكيفية الانتفاع بالملك الشائع يتبع فيه ماذكر فى أحكام الشريعة الغراء أى أن كل شريك له أن ينتفع بنصيبه بسائر الانتفاعات الشرعية بشرط عدم الضرر بالغير : وله أن يملك المنفعة لغيره بعوض وبغير عوض . ولهم أن ينيبوا عنهم واحدا يقوم بادارة الملك المشترك . ويده على هـذا الملك عارضة فلا يملك أنصباء غيره بوضع اليد مهما طال الزمان الا اذا غيره وضع يده وانقطعت الصلة بينه وبين شركائه ولم يعطهم شيئا من ريع الملك المشترك ولم يحاسبهم فى أثناء هذه المدة بل ظهر بمظهر المالك الحقيقى مدة ثلاث وثلاثين سنة فى الارث وخمس عشرة سنة فى غيره

ومما هو جدير بالعلم به ماذكره شارح القانون صفحة (٣٢٧) ونصه (ومن العادات المعروفة فى القرى بين الاقارب من الطبقة الرفيعة على الاخص أن النساء لايطلبن حقوقهن فى الارث من أخوتهن ولكن هؤلاء يصلونهم فى كل

سنة أو من حين الى حين بصلات على صنوف مختلفة وهذه الصلات تكفى عندنا فى بقاء اليد يداً عارضة وان تعاقبت يد بعد أخرى.)

وأما التصرف فى الاملاك الشائعة فيعتبر كل شريك كانه أجنبي عن الباقين فيجوز له أن يتصرف فى نصيبه بشرط عدم الضرر بالغير بدون اذن بقية الشركاء ولا يجوز له أن يتصرف فى نصيب غيره بدون رضاه . ولا يصح البيع الا شائعا فلو باع جهة معينة قبل القسمة صح البيع شائعا وبطل التعيين الا اذا أجازه باقى الشركاء أو جاء فى نصيبه بعد القسمة

(خاتمة — فى الجمعيات)

بعد أن أبان شارح القانون أحكام الشيوع السابق بيان محصلها ذكر مايتعلق بالجمعيات فى مبحث خاص به (بصفحتى ٣٢٧ و ٣٢٨) لشبهها بالشركات ومجمل ماجاء:

الجمعية طائفة من الناس اتفقوا على استخدام معارفهم أو أموالهم أو الاثنين فى جلب منافع معينة لهم أو لغيرهم كالجمعيات الخيرية على اختلاف مسمياتها والجمعيات الادبية . والجمعيات الفنية والصناعية . والجمعيات الدينية

وتمتاز هذه الجمعيات عن الشركات . بأنها لا تعمل لاجل الربح من حيث هو بل اذا عملت لاجله فانما يكون لتحسين حالها وبأنها لانهاية لها لا بنص فى عقدها . ولا فى القانون ولا بطبيعة عملها

وهى خاضعة للقواعد العامة لانها لم يرد عنها نص خاص فى القانون وقد ساعدها القضاء المختلط فأثبت لها الشخصية الاعتبارية بحجة أنها لا تكون مفيدة الا اذا أجازلها التعامل والملك على الاخص بعنوان انها جمعية . ولكن شارح القانون لاحظ على القضاء المختلط بأنه افتات على حقوق المقنن لان الشخصية الاعتبارية وجود « حكمى » جاء على خلاف القياس وماجاء كذلك فغيره لا يقاس عليه . هذا هو مذهب الشرعيين ورجال القضاء فى فرنسا

ولم يثبت الشخص الاعتبارى فى فرنسا الافى سنة ١٨٩١ لبعض الشركات=

(كتاب العارية)

الكلام على العارية يشتمل على : تعريفها . وأركانها . و أصل مشروعيتها . وحكمة المشروعية . وشروطها . وحكمها . وصفتها . وما يجوز اعارته وما لا يجوز . وحقوق المستعير وواجباته : وانتهاء مدتها وانفساخ عقدها

(تعريف العارية)

العارية بتخفيف الياء وقد تشدد في اللغة مايعار . وتطلق أيضا على العقد . وفي الشرع تمليك المنفعة في الحال بلا عوض

(أركان العارية)

أركان العارية اثنان وهما : الايجاب : والقبول حسب التفصيل الآتي وهو :

= فقط . أما الجمعيات فلم تثبت لها هذه الشخصية الا سنة ١٩٠١ حيث سن فيها قانون خاص لم تمنح فيه الشخصية الاعتبارية الا بشروط وقيود غير يسيرة وفرقوا فيه بين جمعية وأخرى . ولم توجد في مصر جمعية تعتبر شخصا اعتباريا الا الجمعية الاسلامية حيث ثبت لها هذا الاعتبار بمقتضى حكم الاستئناف الأهلي الصادر بتاريخ ٢٣ ابريل سنة ١٩٠٦ : لكن هذه الجمعية انشئت بناء على ارادة سنية وقرار رسمي من ناظر الداخلية ورئيس مجلس النظار وهذا هو الذي كان سندا لمحكمة الاستئناف : وعليه فلا يعتبر شخصا اعتباريا الا الجمعيات المرخص بوجودها

اذا صدر الايجاب من المستعير والقبول من المعير بأن قال الأول استعرت منك هذا الشيء لأنتفع به يوما فقال الثانى أعرتك كان كل من الايجاب والقبول ركنا للعقد : واذا صدر الايجاب من المعير والقبول من المستعير فقال الامام وصاحباه ان القبول ليس بركن استحسانا ويتم العقد بالايجاب : وقال زفر هو ركن لايتم العقد الا به : ويترتب على هذا الخلاف أحكام فى الأيمان والنذور لاحاجة الى بيانها :أما اذا صرح بعدم القبول بطل العقد اتفاقا

وليس لكل من الايجاب والقبول ألفاظ مخصوصة بل كل مايدل على تمليك المنافع فى الحال بلاعوض يعتبر ايجابا وقبولا

ولاتتحقق العارية الا بتحقق أربعة أشياء وهى : المعير والمستعير. والشيء المعار . والصيغة

(أصل مشروعية العارية)

العارية مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع فالكتاب قوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ومن أنواع التعاون على البر اعارة الشخص للآخر شيئا ينتفع به

والسنة ماروى من قوله صلى الله عليه وسلم (ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان) ومعنى المغل الخائن. وما روى من أنه عليه الصلاة والسلام استعار فرسا من أبى طلحة فركبها وما ورد من أنه استعار درعا من صفوان بن أمية يوم حنين فقال أغصب يامحمد فقال بل عارية مضمونة

وقد انعقد الاجماع على جوازها

(حكمة مشروعية العارية)

حكمة مشروعية العارية هى توثيق روابط المودة وتنمية فضيلة العطف بين بنى الانسان وهى من الاعمال المستحبة وقد تكون واجبة كاعارة الشىء للمضطر لينتفع به ويرده بعد زوال اضطراره اذا لم يكن عند المضطر ما يستأجر به هذا الشىء والا فلا تجب اعارته وذلك كاعارة الثوب لدفع برد لايحتمل عادة ، والحبل لانقاذ غريق به

(شروط العارية)

يشترط لصحة الاعارة أن يكون كل من المعير والمستعير عاقلا مميزا ثم ان كان كل منهما مأذونا له بالتجارة نفذت اعارته واستعارته لانها من توابع التجارة وان كان محجوراً عليه توقفت على اجازة وليه أو وصيه . وأن تكون العين المستعارة قابلة للانتفاع بها مع بقاء عينها فان كانت لاينتفع بها الا باستهلاكها كانت قرضا لا عارية . وان كانت لا ينتفع بها أصلا فلا تنعقد العارية .

(حكم العارية)

حكم العارية هو ملك المستعير منفعة العين المستعارة فى الحال بغير عوض وهذا الملك لايتم الا بالقبض

وقال الشافعى رضى الله عنه ان حكم العارية هو اباحة الانتفاع لا تمليكه

ويترتب على هذا الخلاف أن المستعير يجوز له أن يعير على رأى الحنفية ولا يجوز له على رأى الشافعية لأن الاباحة لا تفيد الملك وتمليك الشخص مالا يملك باطل

(صفة العارية)

العارية عقد غير لازم من الجانبين فيجوز لكل من المتعاقدين فسخه متى أراد بدون رضا الآخر سواء استوفى المستعير المنفعة أولا . وسيأتى بيان مايترتب على الفسخ فى الكلام على انفساخ عقد العارية

(ما تجوز اعارته ومالا تجوز)

القاعدة فى ذلك أن كل ماتصح اجارته من الأعيان المالية تصح اعارته ومالا فلا .

ويترتب على ذلك أنه تجوز اعارة كل ما كان قابلا للانتفاع به مع بقاء عينه من الأموال : منقولة كانت أو عقارا . بلا فرق بين أن يكون المنقول حيوانا : أو عروضا أو غيرهما . وبين أن يكون العقار مزارع للانتفاع بزرعه . أو غير مزارع استعير لبنائه أو غرسه . أو مبنيا استعير للانتفاع بسكناه أو للاتجار أو لحفظ البضائع والامتعة فيه الى غير ذلك

(حقوق المستعير وواجباته)

أما حقوق المستعير فهى أن ينتفع بالعين المنتفع بها الانتفاع المشروط أما ما يساويه فى الضرر أو ما هو أقل منه . فان لم يكن مقيداً

بشروط انتفع الانتفاع المعتاد فان تجاوز المشروط أو المعتاد الى ما هو أشد ضرراً فهلكت العين المنتفع بها فعليه ضمانها . ويترتب على ذلك ما يأتى :

أولا — اذا قيد المعير الانتفاع بشخص مخصوص فلا يخلو الحال من أن يكون المعير نهى المستعير عن اعارة العين لغير من عينه . أو لم ينهه .

وعلى كل فاما أن يكون الانتفاع يختلف ضرره باختلاف المنتفعين أولا . فان كان المعير نهاه عن اعارتها لغير من عينه فلا تجوز له المخالفة مطلقا وان كان لم ينهه : فان كان الانتفاع يختلف ضرره باختلاف المنتفعين فلا تجوز المخالفة أيضا . وان كان لا يختلف جاز له أن يعيرها لغيره

ثانيا — اذا لم يعين المعير منتفعاً مخصوصا جاز للمستعير أن يستوفى المنفعة بنفسه وأن يملكها لغيره بلا عوض سواء كان الانتفاع يختلف باختلاف المنتفعين أولا

وفى كل موضع يجوز للمستعير أن يعير العين المنتفع بها لغيره يجوز له ايداعها عند غيره . والعكس بالعكس . ولكن لا يجوز له تأجيرها بدون اذن مالكها لأن التأجير تمليك للمنفعة بعوض وقد كان المستعير ملكها بلا عوض . والتمليك بعوض أقوى من التمليك بغيره والانسان انما يجوز له أن يملك مثل ما ملك أو أقل منه لا أكثر . وكذلك لا يجوز له أن يرهنها بلا اذن فان أجرها أو رهنها فهلكت ضمنها ثم ان كان الهلاك بتعد أو تقصير من المستأجر أو المرتهن ضمن كل منهما

قيمتها للمؤجر والراهن بالغة ما بلغت . وان كان بدون تعد فلا شئ على المستأجر . وتهلك على المرتهن بالاقل من قيمتها ومن الدين

وأما واجبات المستعير فهى :

(١) — أن يعنى بحفظ العارية عناية تامة كعنايته بأملاك نفسه . وأن يمنع عنها الأذى بقدر الامكان

(٢) - أن يقوم بجميع مايلزم لها من المؤن والمصاريف لأن الغرم بالغنم

(٣) — ألا يتجاوز المشروط أو المعتاد فى الانتفاع الى ما هو أشد ضررا . وألا يتصرف فى العارية بدون اذن المالك تصرفاً لا يملكه كالتأجير . والرهن . والبيع . والهبة

(٤) - ألا يحبس العارية بعد استيفاء المنفعة بلا عذر شرعى بل يجب عليه ردها الى مالكها

(٥) — أن يردها بنفسه ان كانت ثمينة كالحلى والجواهر . أو كانت من الاشياء التى لايجوز له ايداعها عند غيره . فان لم تكن مما ذكر جاز له أن يردها بنفسه أو بواسطة من هو فى عياله من أولاده وخدمه . أو بواسطة وكيله . أو غيرهم ممن يأتمنهم على حفظ أمواله

واذا لم يتجاوز حقوقه الى ما هو أشد ضرراً . ولم يقصر فى واجباته ثم هلكت العين فلا ضمان عليه والا فعليه الضمان

(انتهاء مدة العارية وانفساخ عقدها)

متى انتهت مدة العارية وجب على المستعير ردها لصاحبها حسب التفصيل السابق بيانه فى واجبات المستعير هذا اذا لم يكن فى ردها

ضرر . فان كان فيه ضرر فلا يخلو الحال من أن يكون لزوال الضرر وقت معلوم . أولا

فان كان لزواله وقت معلوم كما اذا كانت العارية أرضا زراعية بها زرع للمستعير لم يبد صلاحه ولم يرض المعير بترك الارض عارية كما كانت حتى يحصد الزرع أجبر على تركها بأجر المثل الى حين الحصاد

وان لم يكن لزواله وقت معلوم بأن كانت العارية أرضا أيضا استعيرت للبناء والغراس مدة معينة ففى هذه الحالة يكون للمعير أن يجبر المستعير على ازالة البناء والغراس وتسليم الارض خالية اذا كانت الازالة لاتضرر بالأرض . فان كانت تضر بها كان مخيرا بين أخذهما بقيمتهما مستحقين للهدم والقلع . وبين أن يتحمل الضرر ويكافه بالازالة ولاضرر على المستعير فى ذلك لانه كان يعلم وقت العقد أن العارية يجب ردها لصاحبها بالحالة التى كانت عليها وقت تسلمها للانتفاع متى انتهت المدة

وينفسخ عقد العارية بأحد الأسباب الآتية .

أولا — بهلاك العين المستعارة . ثم ان كان الهلاك بدون تعد ولا تقصير من المستعير فلا ضمان عليه . وان كان بسبب التعدى أو التقصير ضمن قيمتها يوم هلاكها بالغة مابلغت . وذلك تابع للحكم العام فى هلاك الأمانات وهو : أن جميع الامانات اذا هلكت بدون تعد فلا ضمان فيها على من هلكت عنده . وان هلكت بالتعدى ضمنها واذا اختلفا فى سبب الهلاك فالقول للمعير بيمينه لانه ينكر الهلاك بسبب مأذون فيه

ثانيا — بموت أحد المتعاقدين فيجب على المستعير أو ورثته رد

العارية الى المعير أو ورثته ان كانت موجودة ولم يكن هناك عذر يمنع ردها فان لم تكن موجودة وكان المستعير قد مات مجهلا لها أى لم يبين قبل موته ما ذا حصل لها ولا أين هى ولا كيف هلكت تكون دينا واجب الأداء فى تركته لأن التجهيل من أنواع التعدى . واذا كان هناك عذر يمنع من الرد بأن كان بالارض زرع لم يبد صلاحه أو كان بها بناء أو غراس اتبع ماذكر فى انتهاء المدة

ثالثاً — أن يفسخ أحد المتعاقدين العقد ولو بدون رضا الآخر . فان كان الذى فسخه هو المستعير وجب عليه رد العارية لصاحبها حسب التفصيل السابق بيانه فى واجبات المستعير . وان كان الذى فسخه هو المعير وجب الرد أيضا ان لم يكن فيه ضرر على المستعير . فان كان فيه ضرر عليه اتبع ماذكر أيضا . غير أنه اذا كان للعارية مدة معينة وحصل الفسخ قبل انقضائها وكان بالأرض بناء أو غراس وكلف المعير المستعير بالازالة وجب عليه أن يعوضه مقدار ما كان يستفيده من البناء والغراس فى المدة الباقيه . أو يأخذهما بقيمتهما مستحقين للبقاء لان المستعير لم يبن ولم يغرس الا اعتماداً على سلامة حق الانتفاع له طول المدة المحددة

«كتاب القرض»

الكلام على القرض ينحصر فى تعريفه . وأركانه وأصل مشروعيته وحكمته . وحكمه وصفته وشروطه . ومايصح فيه القرض وما لا يصح والتوكيل به وايفائه وزمان الايفاء ومكانه . وانفساخه : واليك بيان كل

تعريف القرض

القرض معناه لغة القطع : ويطلق على الشيء المقرض. وعلى نفس الاقراض. ومعناه شرعا تمليك شخص لآخر عينا من المثليات التى لا ينتفع بها الا باستهلاكها ليرد مثلها

أركان القرض

أركان القرض اثنان وهما : الايجاب : والقبول : وليس لهما ألفاظ مخصوصة بل كل لفظين يدلان على تمليك المثليات لاستهلاكها ورد مثلها يصلحان ايجابا وقبولا

وكما ينعقد القرض باللفظ ينعقد بالكتابة : وباشارة الأخرس المعروفة ولو كان يعرف الكتابة وكتابته كاشارته

أصل مشروعية القرض وحكمة مشروعيته

القرض مشروع بالكتاب والسنة والاجماع

فالكتاب قوله تعالى (وافعلوا الخير لعلكم تفلحون) ومن أفعال الخير الاقراض لان فيه تفريج كربة المعوزين وذوى الحاجات لالغرض غير طلب مرضاة الله تعالى . والامر فى هذه الآية للاستحباب لاللوجوب لانه من باب التفضل والاحسان وقد قال الله تعالى (ماعلى المحسنين من سبيل)

والسنة قوله صلى الله عليه وسلم (من نفس عن أخيه كربة من

كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب الآخرة والله فى عون العبد مادام العبد فى عون أخيه)

والاجماع مانواه من تعامل المسلمين به من الصدر الأول الى الآن بدون نكير عليهم من أحد

وحكمة مشروعيته ماذكر من تنفيس الكرب ومساعدة المحتاجين وتوثيق عرى المودة والائتلاف بين الناس

حكم القرض

حكم القرض أنه لايفيد ملك المستقرض لما استقرضه الا بالقبض التام لا بنفس العقد حتى لايجوز للمستقرض التصرف فيه قبل قبضه مطلقا الا باذن المقرض. هذا هو رأى الامام ومحمد. وقال أبو يوسف إن المستقرض لايملك القرض الا باستهلاكه . ويترتب على هذا الخلاف أن المقرض لو فسخ العقد والعين المستقرضة موجودة لايجب رد عينها على رأى الامام ومحمد بل يجوز رد مثلها لان القرض دين ثبت فى ذمة المستقرض بالقبض والديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها . ويجب عليه رد عينها على رأى أبي يوسف لانه مادام لم يستهلكها فهى على ملك صاحبها

صفة القرض وأجله

صفة القرض أنه عقد جائز غير لازم من الجانبين فيجوز لكل واحد من المتعاقدين فسخه بدون رضا الآخر ولو قبل انتهاء الاجل ومن ذلك يعلم أن أجل القرض جائز غير لازم أيضا ولهذا لايجوز

لأحد الشركاء أن يؤجله أو يطيل أجله سواء كان هو العاقد أو غيره وقد سبق بيان ذلك فى مبحث المداينات

شروط القرض

يشترط فى العاقدين لصحة القرض أن يكون المقرض أهلا للتبرع بأن يكون بالغا عاقلا مطلق التصرف فى أمواله فلا ينعقد القرض من الصبي مطلقا سواء كان مميزاً أو غير مميز وسواء كان المميز مأذونا له بالتجارة أو لا . ولا من المجنون . ولا من المحجور عليه لسفه أو دين أو عته أو غفلة أو رق . وكما لايجوز للصبي مطلقا والملحق به أن يقرض شيئا من ماله كذلك لايجوز لوليه أو وصيه اقراض شيء من مال الصغير ولا اقتراضه شيئا منه لنفسه وأن يكون المستقرض مميزا ولا يشترط بلوغه ولكن اذا كان محجورا عليه يكون استقراضه موقوفا على الاجازة وان كان مأذونا له بالتجارة نفذ بدون اجازة لأنه تستلزمه التجارة . واذا استقرض الصبي المحجور عليه شيئا فاستهلكه ضمنه من ماله وان هلك بدون تعد فلا ضمان عليه

ويشترط فى الشيء المقرض أن يكون مالا متقوما مملوكا فى نفسه مقدور التسليم موجودا وقت العقد وأن يقبضه مفرزا مميزا وأن يكون من المثليات التى لاينتفع بها الا باستهلاكها وهى . المكيلات . والموزونات بما فيها الذهب والفضة المضروبين . وغير المضروبين . والعدديات المتقاربة فان اختل شرط من هذه الشروط فلا يصح القرض

مايصح فيه القرض ومالا يصح

القرض كما سبق لايصح الا فى المثليات التى لاينتفع بها الا باستهلاكها سواء كانت نقودا أو غيرها . فلا يصح فى القيميات بأنواعها فان استقرض شىء منها لينتفع به ويرد عينه كان عارية ولو أتى بصيغة القرض اعتبارا للمعنى لا للفظ وان استقرض لاستهلاكه وجبت قيمته لا مثله

وكما يجوز رد النقود المستقرضة عددا أو وزنا كما استقرضت يجوز رد المعدود وزنا والموزون عدا اذا كانت آحادها متساوية فى الوزن

التوكيل بالقرض

التوكيل بالقرض اذا كان من قبل المعطى جائز باتفاق. واذا كان من قبل المستقرض فقال الامام ومحمد لايجوز لشبهه بالشحاذة وهى لايجوز التوكيل بها. وقال أبو يوسف يصح التوكيل به لان الهبة التى من شأنها ألا يكون لها عوض أصلا يصح التوكيل بقبولها اتفاقا . فالقرض الذى من شأنه أن يكون له بدل يصح التوكيل به من باب أولى . ويترتب على هذا الخلاف أنه اذا استقرض شخص شيئا بالتوكيل عن غيره وقع العقد له سواء أضافه الى نفسه أم الى موكله على رأى الامام ومحمد . ويقع لموكله ان أضافه الى الموكل على رأى أبى يوسف أما اذا أضافه الى نفسه وكان المقرض قد أضافه اليه أيضا وقع العقد له اتفاقا لعدول المقرض عن اقراض الموكل الى الوكيل بصفته مستقرضا لنفسه . أما

التوكيل بالقبض فهو جائز اتفاقا لان العقد قد تم للموكل من قبل . ويترتب على ذلك أنه لو استقرض جملة أشخاص مبلغا من النقود وقبضه أحدهم باذنهم كان القرض عليهم جميعا وليس للمقرض مطالبة من قبضه الا بحصته فيه

ايفاء القرض

القاعدة فى ذلك أن الديون تقضى بأمثالها . وبما أن القرض دين فيجب على المستقرض أن يرد مثله قدرا ووصفا ان كان موجودا سواء بقيت قيمته كما كانت وقت العقد أو لا : غلت أو رخصت . ولا فرق فى ذلك بين المكيلات والموزونات والنقود المضروبة من الذهب والفضة . أما اذا انقطع من أيدى الناس : فان كان القرض من الأنواع المذكورة كان المقرض مخيرا بين الانتظار حتى يوجد . وبين أخذ قيمته يوم قبضه ، وان كان فلوسا رائجة أو نقودا غلب غشها ثم كسدت أو لم توجد قبل ردها فعلى المستقرض رد قيمتها يوم قبضها من النقود التى بقيت رائجة من وقت العقد الى وقت الأداء لبطلان ثمنية الفلوس والنقود الغالبة الغش بالكساد والانقطاع اذ ثمنيتها ثبتت بالاصلاح والتعامل وببطلان الاصلاح بطلت الثمنية فتجب القيمة

زمان ايفاء القرض ومكانه

زمان ايفاء القرض هو الوقت المحدد لأدائه فيه ، أو عند انفساخ العقد بسبب من الاسباب الآتية ولو لم تمض المدة المحددة للايفاء

ومكان ايفائه هو المكان الذى قبضه فيه المستقرض .ويجوز ايفاؤه فى غيره اذا لم يكن ذلك مشروطا فى العقد فان كان مشروطا فيه فسد القرض لانه قرض جرّ نفعاً للمقرض وهو سقوط خطر الطريق عن ماله حتى اذا هلك فيه يهلك على المستقرض . والقاعدة « أن كل قرض جرّ نفعا فهو حرام » وسيأتى لهذا المبحث زيادة بيان فى كتاب الحوالة عند الكلام على السُفتجة

انفساخ القرض

ينفسخ القرض بأحد أمرين :

الاول — بموت أحد المتعاقدين سواء كان هو المقرض أو المستقرض

الثانى — بأن يفسخه واحد منهما ولو بدون رضا الآخر حتى لو لم تنته المدة لأن الأجل فيه غير لازم

ومتى انفسخ بأحد هذين السببين وجب رد مثل القرض ولا يجوز للقاضى امهال المستقرض عن وقت وجوب رده بحال من الأحوال الا اذا كان معسرا لامال عنده يوفى به قرضه فان كان كذلك ينتظر الى ميسرته قال تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) وهذه الآية وان كانت نزلت فى غير القرض الا أن العبرة فى الأحكام الشرعية بعموم اللفظ لا بخصوص السبب

العارية قانونا

(وتشمل القرض)

توسع القانون فى استعمال لفظ العارية فأطلقه على ما يشمل القرض ولذلك قسم العارية الى قسمين : عارية استعمال . وعارية استهلاك . وأحكام العارية بأنواعها مبينة بالمواد (من ٤٦٣ الى ٤٨١) وبشرح القانون (من صفحة ٣٠١ الى ٣٠٩)

وتنحصر مباحث العارية فى : تعريفها . وأقسامها . وواجبات كل من المستعير والمعير فى كل قسم

(تعريف العارية على العموم)

العارية قانونا عقد يلتزم به أحد المتعاقدين اعطاء شيء لآخر ينتفع به ثم يرده بعينه . أو يرد مثله الى صاحبه

(أقسام العارية)

تنقسم العارية الى نوعين : عارية استعمال . وعارية استهلاك (مادة ٤٦٣) فعارية الاستعمال لا تفيد تملك المستعير العارية (مادة ٤٦٤)

وعارية الاستهلاك تفيد انتقال ملكية العارية من المعير الى المستعير لان هذا يستهلكها ويرد مثلها

ويتبين المقصود للعاقدين من هذين النوعين بنصوص العقد فان لم ينص فيه على نوع منهما يكون التعيين بحسب أحوال المتعاقدين ونوع العارية

ولكل من نوعى العارية أحكام خاصة به تعلم مما يلى

(عارية الاستعمال)

عارية الاستعمال قانونا هى اعطاء شخص لآخر عينا من الاعيان القيمية لينتفع بها ثم يردها الى صاحبها . وقد عرفتها الشريعة الغراء بأنها تمليك المنفعة فى الحال بلا عوض . والغرض من التعريفين واحد فقد جاء بالمادة (٤٦٧) مانصه (عارية الاستعمال تكون بلا مقابل أبداً) الا أن التعريف الشرعى أخصر وأوضح

ومباحث هذا القسم تنحصر فى بيان : من تجوز اعارته : وما تجوز فيه . وواجبات المستعير وواجبات المعير

من تجوز اعارته وما تجوز فيه

تجوز الاعارة للاستعمال من المالك أو من يقوم مقامه . والمستأجر . وصاحب حق الانتفاع . والمستعير

والذى تجوز اعارته هو الاعيان القيمية سواء كانت عقارا أو منقولا ويجوز أن تكون من المثليات التى لايقصد استهلاكها كأن يستعير نقوداً أو برا للتباهى بها دون استهلاكها

واجبات المستعير

واجبات المستعير هى ما يأتى :

(١) — أن يحفظ العين المستعارة ويعنى بصيانتها كعنايته بأملاك نفسه

(٢) — ألا يستعمل العارية الا حسبما شرطه المعير (مادة ٤٦٩)

(٣) — ضمان قيمتها اذاهلكت بتعد أو تقصير منه ولو خفيفا . أو تعويض مانقص من قيمتها ان أصابها ضرر (مادة ٤٦٨)

(٤) — اذا استعمل العارية فى غير ما أعدت له أو استعملها بعد الزمن المتفق عليه كان ملزما بتعويض مساو لقيمة الاجرة مع تعويض التلف

الحاصل من الافراط فى استعمالها (مادة ٤٧٠)

(٥) — على المستعير أن يتحمل مصاريف صيانة العارية ووقايتها (مادة ٤٧١)

(٦) — عليه أن يرد العارية فى الميعاد المعين للرد ولا يجبر على الرد قبله وإذا لم يتعين ميعاد فى العقد يلزم ردها بعد انتهاء الانتفاع المستعارة لأجله (مادة ٤٧٢)

واجبات المعير

واجبات المعير هى ما يأتى :

(١) — أن يمكن المستعير من الانتفاع بالعارية الانتفاع المتفق عليه وألا يتعرض له أثناء مدة الانتفاع

(٢) — أن يؤدى للمستعير ما اضطر الى صرفه لصيانة العارية قبل امكان اخباره بها كما اذا كانت العارية داراً أوهن المطر سقفها فأصلحه المستعير حال غياب المعير فانه يجب على هذا أن يدفع له ما صرفه

(٣) — اذا كان فى العارية عيب خفى ونشأ عنه ضرر للمستعير وكان المعير يعلم به فانه يضمن التعويض كأن يكون الجمل عضاضا أو الدار مخلة البناء

(عارية الاستهلاك)

عارية الاستهلاك قانونا هى تمليك شخص لآخر عينا من الأعيان المثلية للانتفاع بها ورد مثلها فى زمن معين . واذا كانت من غير النقود تكون غالبا بلا فائدة . وتكون بفائدة غالبا ان كانت نقودا ولهذا أفرد شارح القانون للقرض النقدى مبحثا خاصا به سيأتى محصله

ومباحث هذا القسم تنحصر فى بيان من تجوز اعارته . وما تجوز فيه . وواجبات المستعير . وواجبات المعير . والقرض النقدى . والفائدة . والايرادات المرتبة

من تجوز اعارته . وما تجوز فيه

عارية الاستهلاك لا تجوز الا من مالك العارية حتى يصح نقل الملكية . ويشترط فيه أن يكون ذا أهلية للتصرف

والذى تجوز اعارته هو ما لا ينتفع به الا باستهلاكه كالمثليات التى هى المكيلات والموزونات بما فيها الذهب والفضة والعدديات المتقاربة

وهذا النوع من العارية يسمى قرضا . وتكون بلا فائدة اذا لم يشترط المعير فائدة لها فى العقد فان اشترط وجب على المستعير أداءها وسيأتى بيان الفائدة فى مبحث القرض النقدى

واجبات المستعير

واجبات المستعير هي ما يأتى

(١) — أن يكون ضامنا للعين المستعارة بمجرد انتقال الملكية اليه

(٢) — أن يرد مثل ما أخذه فى الزمن المحدد ولو اختلفت قيمته يوم الاداء عن يوم العقد سواء كان نقوداً أو غيرها .

وان لم يكن وقت الايفاء معينا أو صار الاتفاق على أن المستعير يؤديه عند امكانه حدد القاضي ميعاد الايفاء بمعرفته (مادة ٤٧٥)

(٣) — يلزم أن يكون الاداء فى المحل الذى حصلت فيه العارية الا اذا نص فى العقد على خلاف ذلك (مادة ٤٧٦)

(٤) — اذا كانت العارية غير نقود وتأخر المستعير عن ردها فى الميعاد المقرر فعليه تعويض يقدر بالتراضي أو بأمر القاضي

واجبات المعير

واجبات المعير هى ما يأتى

(١) — أن يسلم العين المستعارة الى المستعير
(٢) — أن يضمن عيوب العارية كما اذا كانت نقوداً زائفة أو براً فارغا

القرض النقدى . والفائدة

عنون شارح القانون لهذا المبحث بعنوان (القرض المالى) توسعا وقصد به ما ذكرناه حيث عرفه بقوله : القرض المالى هو عقد عارية استهلاك موضوعه مبلغ من النقود . وأفردناه بقول خاص لأهميته . والغالب فى هذه العارية أن تكون بفائدة وقد تكون بغيرها . ولا فرق بين عقد القرض بفائدة وبغيرها من حيث شروط الصحة وأحكام المعاملات العامة . وانما الفرق هو بيان الفائدة وما يجوز منها ومالا يجوز

وقد حرمت الشريعة الغراء الفائدة بأنواعها قلت أو كثرت . واعتبرتها ربا منهيا عنه بكثير من الآيات القرآنية . والاحاديث النبوية بل حرمتها جميع الشرائع الالهية . ولكن القانون المدنى فرق بين الفائدة والربا وأباح الفائدة ولم يبح الربا وسيأتى بيان ذلك

وان كان للقرض فائدة وجب فى الفائدة مايأتى

(١) — أن يكون منصوصا عليها فى العقد والا فلا تجب (مادة ٤٧٧) الا فى حالة الحساب الجارى المعروف فى أشغال المصارف المالية . ومن دفع فائدة ليست واجبة عليه فله استردادها

(٢) — ألا تزيد الفائدة عن تسعة فى المائة فان اشترطت دون بيان قيمتها وجب ألا تزيد على خمسة فى المائة فى المسائل المدنيــة . وسبعة فى المواد التجارية (قانون ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢) وهــذا التحديد يسرى على غير القرض النقدى من أنواع عارية الاستهلاك

(٣) — اذا اشترط المتعاقدان فائدة أكثر مما ذكر كانت رباً وينزل الى تسعة فى كل من المواد المدنية والتجارية . واذا دفع زيادة خصمت الزيادة من أصل مبلغ القرض

(٤)— لمدعى الربا اثباتة بجميع الطرق القانونية بما فيها شهادة الشهود وانما جازت الشهادة هنا لأن منع الربا من المسائل التى تهم النظام العام

(٥)— من ثبت عليه الربا حرم منه الى الحد الجائز قانونا . ويعاقب أيضا بالغرامة ثم الحبس

(٦)— لايجوز حساب فائدة للفائدة الا اذا مضى عليها سنة

(٧)— اذا لم يشترط فى العقد فائدة فلا تحتسب له فوائد الا من يوم الانذار بالوفاء أو من يوم اقامة الدعوى

(٨)— اذا اشترط فى العقد أن يكون وفاء القرض بعد ثلاث سنين مثلا على أن يدفع المستقرض فوائد كل سنة عند انتهائها وتأخر سنة عن الدفع فللمقرض طلب وفاء كل الدين

(٩)— وفاء القرض يكون فى محل المقرض وفى الموعد المتفق عليـه . ويجوز للمستقرض رد القرض قبل الأجل بلا تعويض اذا كان الأجل لمنفعة المستقرض لا المقرض . والا فلا يجوز الا اذا دفع الفائدة عن المـدة كلها . وللمقرض أن يشترط تعويضا اذا أراد المستقرض رد القرض قبل الأجل ما لم يكن من وراء ذلك ربا مستتراً

(١٠)— كما يجوز وفاء القرض دفعة واحدة يجوز وفاؤه بطريقة الاستهلاك وهى أن يتفق المتعاقدان على أن المستقرض يفى الدين أقساطـاً متساوية فى أوقات معينة . وذلك مستعمل كثيراً فى القروض الكبيرة

الايرادات المرتبة

الايرادات المرتبة هى نوع من القرض بفائدة . وقد تكون دائمة أو مؤقتة فالدائمة لاتـكون الا بين المصارف وبين الحـكومة . أو المجالس البلدية . أو الشركات الـكبيرة ليقوم بالأعمال العظيمة ولا تـكون ملزمـة برد الأصل ما دامت تدفع المرتب للمصرف لانه لايخاف عليها الافلاس عادة

والمؤقتة تـكون بين الافراد بعضهم مع بعض أو بينهم وبين المصارف . وقد

كتاب الوديعة

تنحصر مباحث الوديعة فى : تعريفها . وأركانها. وأصل مشروعيتها وصفتها . وشروطها . وأحكامها . وكيفية حفظها . ومايترتب على كونها أمانة . والانفاق عليها . وانفساخ عقدها

(تعريف الوديعة)

الوديعة لغة مأخوذة من ودع اذا سكن وتطلق على العقد. وعلى الشئ المودع وسمى هذا الشئ وديعة لأنه ساكن ومستقر عند من أخذه أى لا ينتفع به

ومعناها شرعاً تسليط الانسان غيره على ماله ليحفظه له

= تكون فى نظير قرض . أو بيع عقار . أو هبة بشرط العوض . بأن يقرض عيسى موسى مبلغاً . أو يبيعه عقاراً أو يهبه شيئا على شرط أن موسى يدفع لعيسى مرتبا سنوياً قدره كذا مدة كذا سنة . أو مدة حياته . أو حياة ابنه فلان . ويجوز أن يكون المرتب أكثر من فائدة النقود . واذا لم يف موسى بالمرتب . أو لم يقدم التأمينات المشروطة . أو أفلس فلا يكون لعيسى استرداد ما اعطاه لموسى وانما يكون له الحق فى طلب بيع أمواله وتخصيص مبلغ كاف من ثمنها لأداء المرتبات المتفق عليها . ويكون لموسى على هذا الثمن حق امتياز البائع . والمرتب يكتسب يوماً فيوماً . فاذا مات المستحق له فى خلال السنة وكان الشرط دفعه سنوياً فلورثته الحق فى مرتبه المدة الماضية من السنة الى يوم الوفاة . وينقضى التعهد بوفاة من له المرتب أو بانقضاء المدة

(أركان الوديعة)

أركان الوديعة اثنان وهما : الايجاب . والقبول . وليس لهما ألفاظ مخصوصة بل كل مادل على الالزام بحفظ المال والالتزام به يصلحان ايجابا وقبولا كأن يقول المودع أودعتك هذا المال أو احفظ هذا الشيء لى . أو خذ هذه العين وديعة عندك أو نحو ذلك . فيقول الوديع قبلت أو رضيت أو نحوهما

وتنعقد باللفظ كما ذكر . وبالكتابة وبأشارة الأخرس المعروفة. وبالتعاطى كما فى المبيع

ويسمى المعطى مودعا ومستودعاً . والآخذ وديعا ومودعا ومستودعا . والعين المراد حفظها تسمى وديعة وبها سمى العقد . وكما يصح الايداع من المالك يصح من الولى والوصى والوكيل المفوض والقيم

(أصل مشروعية الوديعة)

الوديعة مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع

فالكتاب قوله تعالى (ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها) وقوله جل شأنه (فان أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى أؤتمن أمانته)

والسنة قوله صلى الله عليه وسلم (أد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك)

وقوله عليه الصلاة والسلام (ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان) ومعنى المغل الخائن

والاجماع هو مانراه من ايداع المسلمين أموالهم من الصدر الأول الى الآن بدون نكير من أحد على ذلك

(صفة الوديعة)

صفة الوديعة تختلف باختلاف ما اذا كانت بأجر . أو بغير أجر . والأول قليل غير متعارف ولذا لايجب الأجر الا بالنص عليه فى العقد فاذا نص عليه تكون اجارة وان وردت بصيغة الوديعة . فتأخذ صفة الاجارة ويترتب على الوديع جميع الواجبات التى على الأجير وله جميع حقوقه . والثانى هو المتعارف عند الاطلاق . وحينئذ تكون صفتها أنها عقد جائز غير لازم فيستقل كل من المتعاقدين بفسخه بدون رضا الآخر ولا يتم هذا العقد الا بالقبض حقيقة أو حكما . فالأول كأن يسلم المودع ماله للوديع ويطلب منه حفظه . والثانى كأن يضع المودع المال عند الوديع بدون كلام وبلاامتناع من هذا الأخير فانه فى الصورتين يجب عليه حفظه حتى يسلمه لصاحبه واذا أهمل فى الحفظ فهلك أو ضاع فعليه الضمان

(شروط الوديعة)

يشترط لصحة عقد الوديعة :

(١) — أن يكون كل من المودع . والوديع . عاقلا مميزاً ولا

يشترط فيهما البلوغ . غير أنه يشترط فى الوديع لوجوب الحفظ أن يكون مأذونا له بالتجارة أو بقبول هذه الوديعة حتى اذا استهلك الوديعة أو أهمل فى حفظها فهلكت أو ضاعت ضمنها بمثلها أو بقيمتها لأنه بالاذن صار أهلا لحفظ الأموال فيلزم به متى قبله . فان كان غير مأذون له بالتجارة فلا يصح قبول الوديعة منه لأنه ليس أهلا لحفظ الأموال ولذا منع من حفظ أموال نفسه فان قبلها فاستهلكها أو هلكت باهماله فقال الامام ومحمد لا يضمنها لأن ايداع الاموال عند من ليس أهلا لحفظها اهلاك لها من المودع معنى ، كما اذا كان رماها فى البحر أو فى البرية أو أتلفها بصنع نفسه . وقال أبو يوسف يضمنها لانه اذا لم يصح العقد يكون كمن استهلك مال الغير تعديا بلا عقد وهذا يجب عليه الضمان ولو كان صبيا محجورا عليه باتفاق . والاول هو المعتمد ولا تشترط الحريه أيضا وما قيل فى الصبي المميز يقال هنا

(٢) أن تكون الوديعة قابلة لوضع اليد عليها فلو لم تكن كذلك بأن كانت حيوانا شاردا أو سمكا صاده صاحبه ثم ألقاه فى البحر أو طيرا أطلقه فى الهواء بعد صيده فلا يصح ايداعه ولا يشترط العلم بجنس الوديعة ولا نوعها ولا قدرها بل يجوز تسليم الوديعة فى صندوق مغلق أو نحوه دون أن يعلم الوديع ما فيه

واذا ادعى صاحبها عند استردادها نقصان شئ منها ولم يكن فى الظرف التى هى فيه ما يدل على فتحه ولم يدع المودع خيانته ولا بينة له فلا يصدق ولا يلزم تحليف الوديع وان أقام البينة على صحة دعواه حكم له بما يدعيه وان ادعى الخيانة ولكنه لم يقم البينة ـ حلف الوديع على

أنه لم يخن فان حلف برىء والا حكم عليه بما يدعيه المودع

(أحكام الوديعة)

أحكام الوديعة اذا كانت بأجر هى أحكام اجارة الأجير . وأما اذا كانت بغير أجر فهى : (١) وجوب حفظ الوديعة على الوديع (٦) صيرورة الوديعة أمانة فى يد الوديع . ولكل من هذين الحكمين تفصيل يذكر فيما يلى

(كيفية حفظ الوديعة)

كيفية حفظ الوديعة تختلف باختلاف عبارة المودع وذلك أنه اما ألا يقيد الوديع بشروط . واما أن يقيده بها

فان لم يكن قيده بشروط جاز له أن يحفظ الوديعة بنفسه وجاز له أن يحفظها بواسطة من هو فى عياله وهو الذى يساكنه ويخالطه ويمونه كائنا من كان من ولده ووالده وزوجته وخدمه وأجيره . وبواسطة من ليس فى عياله ممن يحفظ له ماله عادة كشريكه شركة عنان أو مفاوضة

وقال الشافعى رضى الله عنه : لايجوز للوديع حفظ الوديعة بواسطة غيره الا اذا كان هذا الغير مساعداً له فى الحفظ فقط لأن العقد له دون غيره فيكون الحفظ عليه خاصة

واستدل الحنيفة بأن الواجب هو الحفظ والانسان لايلتزم بحفظ مال غيره عادة الا بما يحفظ به مال نفسه وهو يحفظه عند هؤلاء فدخل الحفظ بواسطتهم فى العقد ضمنا

وليس للوديع أن يحفظ الوديعة بواسطة غير من ذكروا الا بعذر قهرى كما اذا حصل فى داره حريق أو أحاط بها الحريق من الخارج أو طغى عليها الماء فأعطاها لأجنبى فاذا هلكت بعد ذلك بلا تعد فلا ضمان على أحد لأن الاعطاء هنا تعين طريقا للحفظ فكان مأذونا فيه دلالة من المودع . فان أعطاها بغير عذر وهلكت أو ضاعت فعليه ضمانها دون الآخذ على رأى الامام ومحمد لأنه أمين . وعلى رأى أبى يوسف يجوز للمودع أن يضمن المعطى أو الآخذ فان ضمن الأول فلا يرجع بشىء وان ضمن الثانى رجع على الأول بما ضمن ورأى الامام ومحمد هو المعتمد

وكذلك يجوز للوديع أن يحفظ الوديعة فى المكان الذى يحفظ فيه مال نفسه من داره أو حانوته . أو صندوقه . أو خزانته. وليس له أن يحفظها فى حرز غيره الذى يحفظ فيه ماله الا اذا استأجره ليكون حرزا له فانه يجوز له حفظ الوديعة فيه ولو لم يكن قد وضع فيه مالا له لأنه صار بالاستئجار حرزا لأمواله. وكما يجوز له أن يحفظها فيما ذكر حال الاقامة يجوز له أن يسافر بها ويحفظها فيما يحفظ فيه مال نفسه باتفاق الامام وصاحبيه ان لم يكن لها حمل ولا مؤنه وكان الطريق مأمونا لان الحفظ صدر مطلقا عن تعيين المكان فلا يتعين الا بدليل .فان كان لها حمل ومؤنة فقال الامام يجوز السفر بها أيضا لما ذكر وهو المعتمد . وقال الصاحبان لايجوز لان فى السفر بها ضررا على المودع لجواز أن يموت الوديع أثناء الطريق فيحتاج الى استردادها من موضع لا يمكنه ذلك الا بحمل ومؤنة . ورد الفقهاء على ذلك بأن المودع بعدم تقييده الوديع

اعتبر راضيا بالحفظ في أى مكان يحفظ فيه ماله فان حصل له ضرر بعد ذلك فبرضاه . وان كان الطريق مخوفاً فلا يجوز له السفر بها الا اذا كان مضطراً اليه كموظف نقلته الحكومة الى جهة أخرى ولم يكن في البلد الذى فيه الوديعة عيال له . أو كان له ولكنهم غير مأمونين فانه يجوز له السفر بها للضرورة .

وان كان المودع قد قيد الوديع بشروط فان كانت الشروط مفيدة ويمكن تنفيذها اعتبرت ووجب العمل بها . وان كانت غير مفيدة . أو كانت مفيدة ولكن لا يمكن تنفيذها فلا تعتبر . والضابط المفيد وعدمه أن التقييد عند تفاوت الحرز في الحفظ مفيد وعند عدم تفاوته غير مفيد

ويترتب على ما ذكر أنه لو اشترط المودع على الوديع أن يحفظ الوديعة في يده ليلا ونهارا كان الشرط هدرا وصح له أن يحفظها في كل ما يحفظ فيه مال نفسه لعدم القدرة على تنفيذ الشرط ولو قال له احفظ الوديعة في هذا الصندوق لا ذاك وكانا متساويين في الحفظ فلا يعتبر الشرط أيضا وهكذا واذا نهاه عن السفر بها فلا يجوز له أن يأخذها معه بل يردها الى صاحبها . أو يتركها في عياله ان ترك عيالا مأمونين . واذا كان المودع عين له من يودعها عنده اذا سافر وجب عليه اعطاؤها له . فان لم يمكن ردها . ولم يكن له عيال مأمونون . ولم يعين المودع من يودعها عنده ينظر : فان كان مضطرا الى السفر جاز له استصحابها لأن الاستصحاب تعين طريقا للحفظ فان هلكت حينئذ بلا تعد فلا ضمان عليه . وان كان غير مضطر الى السفر ضمنها

واذا غاب المودع غيبة منقطعة فعلى الوديع حفظ الوديعة حتى تعلم

حاله من موت أو حياة . وان كانت مما يتلف بالمكث باعها بأمر الحاكم وحفظ ثمنها . ولا يجوز له تسليم الوديعة لمن تلزم المودع نفقتهم الا باذن الحاكم .

(ما يترتب على كون الوديعة أمانة)

يترتب على كون الوديعة أمانة فى يد الوديع ما يأتى :

أولا — أنها تكون على ملك صاحبها سواء كانت مثلية أو قيمية فاذا هلكت بلا تعد ولا تقصير فلا ضمان على الوديع . واذا هلكت بالتعدى ضمنها

ثانيا — أنه يجب على الوديع ردها على المودع عند طلبه لقوله تعالى (ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها) ولا يجوز تسليمها لغير المودع لأن مبناها على السر وتسليمها لغير المودع افشاء له فيتضرر بذلك بخلاف العارية فانها تسلم للمعير ولمن هو فى عياله ان لم تكن نفيسة لأن مبناها على العلانية اذ الانتفاع عادة يكون باطلاع الناس فلا يتضرر المعير بتسليمها لغيره ممن هو فى عياله

ثالثا — أنه لا يجوز للوديع أن يتصرف فيها أى تصرف كان ولا أن ينتفع بها بنفسه ولا أن يملك منفعتها لغيره بعوض أو بغير عوض بلا اذن مالكها فان فعل شيئا من ذلك وهلكت الوديعة فعليه ضمانها

رابعا — أنه لا يجوز له أن يخلطها بأمواله ولو كانت من المثليات بدون اذن صاحبها لأن الوديعة من الأشياء التى تتعين بالعقد فلو خلطها فهلك المخلوط ولو بدون تعد ضمنها أما اذا كان الخلط باذن

صاحبها أو اختلطت اضطرارا فان المودع يصير شريكا للوديع شركة ملك فان هلك المال بدون تعد فلا ضمان عليه لان مال الشركة أمانة فى يد من هو عنده

(الانفاق على الوديعة)

الانفاق على الوديعة واجب على المالك لا على الوديع لأنه لا ينتفع بها فاذا غاب مالكها رفع الوديع الأمر الى الحاكم ليأمره باجراء الانفع والاصلح للمودع فان كان يمكن تأجيرها أجرها بأمر الحاكم وأنفق عليها من أجرتها . وان لم يمكن جاز للحاكم أن يأمره بالانفاق عليها ثلاثة أيام لا أكثر فان حضر مالكها فى خلالها تولى هو الانفاق عليها ودفع للوديع ما أنفقه بالغا ما بلغ ويجوز للحاكم ان يأمر ببيعها من أول الامر ان كان فيه مصلحة للمودع واذا أنفق الوديع بلا أمر الحاكم ولا اذن صاحبها يكون متبرعا ولا يرجع عليه بشىء

(انفساخ عقد الوديعة)

ينفسخ عقد الوديعة بموت أحد المتعاقدين

فاذا مات المودع فاما أن يكون غير مدين أصلا أو مدينا دينا غير مستغرق لتركته . أو مدينا دينا مستغرقا لها . فان كان الاول أو الثانى وجب على الوديع تسليم الوديعة للورثة . وان كان الثالث فلا يجوز تسليمها لهم الا بأمر القاضى فان سلمها بلا أمر منه ولا اذن من الدائنين ضمنها لان حق الورثة مؤخر عن حق الدائنين

واذا مات الوديع وجب على الوارث ردها للمودع وتكون يده عليها يد أمانة الى أن يتمكن من ردها فان هلكت فى يده قبل وصولها لصاحبها بدون تعد فلا ضمان عليه . وان تأخر بلا اذن ولا عذر وهلكت ضمنها . واذا باع الوارث الوديعة وسلمها للمشترى بلا اذن المالك فان كانت موجودة كان المالك مخيراً بين اجازة العقد وأخذ الثمن من البائع وبين فسخه واسترداد الوديعة من المشترى وان كانت قد هلكت فى يد المشترى قبل الاجازة خير المالك أيضا بين أن يضمن المشترى وبين أن يضمن البائع فان ضمن المشترى رجع على البائع بما ضمنه وان ضمن البائع فلا رجوع له على أحد

وان لم توجد الوديعة فى تركة الوديع بأن مات مجهلا لها كانت دينا واجب الأداء فى تركته ويكون فى استيفائه منها أسوة الغرماء[1]

---

(١) ـ الوديعة قانونا

ذكر القانون أحكام الوديعة بالمواد (من ٤٨٢ الى ٤٩٤) وبينها شارحه بيانا شافيا فى الصفحات التى (من ٣١٠ الى ٣١٥) ومباحثها العامة تنحصر فى : تعريفها . وواجبات كل من الوديع . والمودع . وهلاكها . وأنواعها : واليك ملخص كل :

تعريف الوديعة وواجبات الوديع والمودع . وهلاك الوديعة

أما تعريفها فهى عقد به يسلم شخص منقولا لآخر ليحفظه له كما يحفظ أموال نفسه ويرده بعينه عند طلب المودع . والاصل فى الوديعة أن تكون بلا أجر .

وقد تكون بأجر وحينئذ تتبع فيها القواعد المتعلقة بالاجير . (مادتى ٤٨٢ و ٤٨٣) وهى لاتتم الا بالقبض من المالك أو من يقوم مقامه كالوكيل المفوض أو الولى أو الوصى

ويترتب على انعقادها أن يكون على كل من الوديع والمودع واجبات للآخر

فأما واجبات الوديع فهى كما يؤخذ من المواد (من ٤٨٤ الى ٤٨٧ ومن المواد ٤٨٩ و ٤٩٣ و ٤٩٤) أنه لايجوز له أن يلزم المودع بأخذها قبل الميعاد المتفق عليه . وأن يكون مسئولا عما ينشأ عن تقصيره الجسيم ان لم يكن مأجوراً . وعن تقصيره الخفيف ان كان مأجورا . وألا يتصرف فى الوديعة بأى نوع من أنواع التصرفات فان تصرف ضمن للمودع أجرتها وما نقص من الوديعة . واذا مات الوديع وتصرف وارثه فى الوديعة وهو لا يعلم حقيقتها فليس عليه لصاحبها الا الثمن الذى قبضه أو تنازل عنه له أو دفع قيمتها ان كان قد أعطاها مجانا ولم يمكن استردادها وعلى الوديع أيضا أن يردها لصاحبها عند طلبه هى وزوائدها من غلة وثمار ونتاج وغيرها . ويقوم مقام صاحبها فى الأخذ وكيله المفوض أو وارثه أو المقضى له بأخذها . وعليه أن يسلمها للحكومة اذا ظهر أنها مسروقة . وأن يدفع فوائد النقود المودعة (اذا تأخر عن ردها عند طلبها) من يوم الطلب الى يوم الرد

وأما واجبات المودع فهى كما يؤخذ من (مادة ٤٨٨) بأن يدفع للوديع ماصرفه فى حفظ الوديعة وتحسين قيمتها . وتعويض مالحقه من الضرر بسببها . وأن يدفع له الاجرة المتفق عليها اذا كان الوديع مأجوراً

ومتى أدى الوديع واجباته السابق بيانها وهلكت الوديعة عنده بلا تعد فلاضمان عليه والافعليه الضمان . ومتى أدى المودع واجباته أيضا وجب على الوديع تسليم الوديعة له وان لم يؤدها كان له أن يحبسها عنده حتى يستوفى ما وجب له من الحقوق (وكل ما تقدم ما عدا ما يختص بفائدة الوديعة النقدية التى تأخر الوديع فى ردها بعد طلبها ودفعه أجرة غيرها من الودائع بعد الطلب موافق لاحكام الشريعة الغراء)

أنواع الوديعة

قسم شارح القانون الوديعة الى أربعة أنواع وهى : الوديعة اللازمة . والوديعة الناقصة . والوديعة الجارية . والحراسة

فالوديعة اللازمة هى التى يضطر اليها المودع عند ما يحصل حريق أو غرق عنده . ولا تمتاز هذه الوديعة عن غيرها الا بأنه يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات ومنها شهادة الشهود للضرورة ولم يرد فى القانون ذكر لهذا النوع بل هو من زيادات الشارح

والوديعة الناقصة هى وديعة الاشياء المثلية وفى هذه الحالة لايجب على الوديع أن يرد عينها بل يصح رد مثلها (والشريعة توجب رد عينها مادامت قائمة)وهى بذلك تشبه عارية الاستهلاك ولا تفترق عنها الا من وجهين :

أحدهما وجوب ردها عند أول طلب . ومن هذا النوع الوديعة فى صناديق التوفير لأن النقود التى تودع فى الصناديق المذكورة تحفظ فى خزائن الحكومة فتختلط بالنقود الموجودة فيها ومتى طلب المودع وديعته أعطى مثلها من الموجود بالصندوق

وثانيهما عدم التزام الوديع بربح للمودع . وقد يجوز اشتراط الربح له اذا كان الوديع ينتفع بالوديعة كما هو الحال فى صناديق التوفير

والوديعة الجارية هى وديعة المتاع فى الفنادق والوكائل والحمامات وأماكن حفظ الملابس فى الملاهى وعند متعهد النقل . ومجرد ادخال الامتعة الى الفندق أو تسليمها لخادمه بالمحطة كاف فى وجوب ضمانها على صاحب الفندق . وهذا النوع من الوديعة يجوز اثباته بالشهود لان العادة جرت بعدم أخذ صك على الوديع وضمانه قاصر فى الاصل على الظرف لا على المظروف الا اذا كان قد سلم الوديع عيناً أو أثبت المسافر أنه كان فى الحقيبة وفى هذه الحالة لا تقبل الشهادة فى اثبات المظروف لان المسافر لم يكن مضطراً الى تركه فى الحقيبة من غير أن ينبه صاحب الفندق اليه . ومثل الظرف فى اثباته بالبينة الملابس وأدوات السفر لان

الاصل وضع هذه الاشياء فى حقائب السفر . ومسئولية صاحب الفندق تشمل مايقع من عمله ومن عمل عماله ومن المسافرين والذين يختلفون على فندقه . ولا يبرأ الوديع من الضمان الا اذا ثبت أن الوديعة فقدت أو تلفت بقوة قاهرة كالغرق أو الحريق أو السرقة بالاكراه لا السرقة العادية أو ثبت أنه حصل التلف أو الفقد بسبب تقصير المسافر كما لو أهمل اغلاق باب حجرته وحفظ المفتاح معه أو عند الخادم المخصص لذلك . والاعلانات التى يعلقها أصحاب الفنادق فى الحجر بأنهم غير مسئولين الا عن الودائع التى تسلم اليهم لاتنفى عنهم الضمان . ومثل أصحاب الفنادق فى جميع ما ذكر غيرهم من المكارين

وأما الحراسة فهى نوعان : اختيارية وقهرية

فالاختيارية هى أن يتفق اثنان تنازعا فى شىء من المنقولات على ايداعه عند ثالث حتى ينتهى النزاع . وحكمها حكم الوديعة ولا يسلم الا لمن يتفق المتعاقدان عليه أو لمن تعينه المحكمة

والحراسة القهرية هى ايداع الشىء المتنازع فيه أمام القضاء عند شخص معين بأمر المحكمة ان كانت المصلحة قاضية بذلك . ويجوز أن يكون الحارس أحد الخصمين وتسمى هذه الحراسة بالحراسة القضائية

والاحكام الخاصة بهذه الحراسة هى :

(١) — أن الحارس القضائى مأجور عادة وأجرته تلزم كلا من الخصمين قبل الحكم وتلزم من حكم عليه بالمصاريف بعده . وله أيضا طلبها ممن حكم له بملكية العقار

(٢) — أنه لا يسلم الوديعة الا لمن تقضى له المحكمة بذلك

(٣) — أنه يجب عليه اتباع نص الحكم فيما يجريه من الأعمال فان لم يوجد نص فى الحكم على ذلك فله اختصاص الوكيل العام

(٤) — أنه يكون مسئولا عن نتائج تقصيره الخفيف لأنه أجير

كتاب الكفالة

هذا شروع فى بيان العقود التى لاتقوم الا بالتبعية لغيرها وهى الكفالة . والحوالة والرهن . ومجيئهامتاخرة عماهى تابعة له هو الاصل اذ رتبة التابع التأخير

والكلام على الكفالة ينحصر فى : تعريفها . وأركانها . وأصل مشروعيتها . وحكمة المشروعية . وصفتها . وشروطها . وأقسامها . وأحكامها . وانقضائها . ولكل من الشروط والاقسام وما بعدها مباحث جزئية تذكرفى محالها . والكفيل والضامن. والزعيم . والحميل . والقبيل . واحد وهو الملتزم بأداء المكفول به . والاصيل أو المكفول عنه هو المدين . والمكفول له هو الدائن . والمكفول به هو النفس أو الدين أو العين أو العمل الذى وجب على المكفول عنه أداؤه

(تعريف الكفالة)

الكفالة معناها لغة الضم وتطلق على نفس العقد . ومعناها شرعا ضم ذمةالكفيل الى ذمة الأصيل فى المطالبة بنفس . أو دين . أوعين . أو عمل ــ وقيل هى ضم الذمتين فى المطالبة والدين وبه قال الأئمة الثلاثة فيثبت الدين فى ذمة كل من الأصيل والكفيل بدون زيادة حق الدائن لأن الاستيفاء لايكون الا من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فان الأخذ من أحدهما يوجب براءة الآخر

(أركان الكفالة)

أركان الكفالة اثنان وهما الايجاب والقبول من الكفيل والمكفول له وأما قبول المكفول عنه و هو المدين فليس بشرط لصحة الكفالة وانما هو شرط لصحة الرجوع عليه بما يؤديه عنه الكفيل. وأبو يوسف يقول عقد الكفالة يتم بايجاب الكفيل وحده والأول هو المعتمد . وليس لكل من الايجاب والقبول ألفاظ مخصوصة بل كان مايدل على ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل فى المطالبة بأحد الاشياء السابقة يصلح ايجابا وقبولا . كأن يقول الموجب أنا كفيل . أوضامن. أوزعيم . أو غريم . أو قبيل . أو حميل لما على فلان. أولما عنده. أولك على أولك قبلى . أو لك عندى ما على فلان . فيقول القابل قبلت. أورضيت أوما أشبه ذلك

(أصل مشروعية الكفالة)

الكفالة مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع

فالكتاب قوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) وهذه الآية وان كانت حكاية عما قاله عامل سيدنا يوسف حينما فقد صواع الملك الا أنها تصلح دليلا على شرعية الكفالة لأن شرع من قبلنا شرع لنا مالم يرد فى شرعنا مايخالفه ولم يرد فى الشريعة الغراء مايخالف ماذكر لأن الحاجة ماسة اليه

والسنة قوله عليه الصلاة والسلام (الزعيم غارم)

والاجماع ماتراه من كفالة المسلمين بعضهم بعضا من الصدر الأول الى الآن بدون نكير على ذلك من أحد منهم

(حكمة مشروعية الكفالة)

حكمة مشروعية الكفالة حصول الفائدة لكل من المتعاقدين فيأمن الدائن على ماله عند عسر المدين أو افلاسه ومن هذا كان عقد الكفالة من عقود التأمينات ويعرف بالتأمين الشخصى لتعلقه بشخص الكفيل . وأما الرهن الذى سيأتى الكلام عليه قريبا فيعرف بالتأمين العينى لتعلقه بالأعيان المرهونة لأداء الدين منها . ويحصل المحتاج بسببها على ما كان يتعذر أو يتعسر استقضاؤه من مقومات الحياة لولا هذه الكفالة فلهذا كانت من الأعمال المستحبة التى امتن الله بها على السيدة مريم فى قوله (وكفلها زكريا) أى جعله كفيلا لها يقوم بمصالحها . وسمى الله نبيا بذى الكفل لأنه كفل جماعة من الانبياء عليهم السلام لملك أراد قتلهم . وفيها رفع الحرج والضيق عند المدين اما تقربا الى الله تعالى أو ازالة للأذى عن نفسه اذا كان المطلوب ممن يهمه أمره

(صفة الكفالة)

صفة الكفالة أنها عقد لازم من جهة الكفيل فلا يستقل بفسخه بدون رضا المكفول له لأن سلامة حق هذا الأخير تعلقت بتعهد الكفيل فى فسخ العقد بدون رضاه اضرار به ومن القواعد أن الضرر يزال . وغير لازم من جهة المكفول له فيجوز له فسخه ولو لم يرض الكفيل لأن الكفالة لصالحه خاصة فتنازله عنها لا يترتب عليه ضرر للغير وكل انسان لا يجبر على المحافظة على حقوقه

(شروط الكفالة)

شروط الكفالة أنواع أربعة : منها مايرجع الى الكفيل . ومنها مايرجع الى الأصيل . ومنها مايرجع الى المكفول له . ومنها مايرجع الى المكفول به

فالشروط التي ترجع الى الكفيل هي أن يكون بالغاً عاقلا مطلق التصرف في أمواله فلا تنعقد كفالة المجنون ولا الصبي مطلقا سواء كان مميزاً أو غير مميز لأنها عقد تبرع في الابتداء والانتهاء اذا كانت بغير اذن الأصيل . وفي الابتداء فقط اذا كانت باذنه وهؤلاء ليسوا من أهل التبرع . ويستثنى من ذلك ما اذا استدان الأب أو الوصي مالا لانفاقه على اليتيم المميز وأمر اليتيم أن يضمن المال عنه فانه يجوز لان ضمان الدين قد لزم اليتيم من غير شرط فلم يكن متبرعا

والشروط التي ترجع الى الاصيل أي المدين هي : أن يكون قادراً على تسليم المكفول به اما بنفسه واما بنائبه عند الامام أبي حنيفة فلا تصح الكفالة بالدين عن ميت مفلس . وقال الصاحبان تصح وهذا هو الظاهر . وان يكون الاصيل معلوما فلو قال ضمنت ما على أحد المدينين لزيد وكانوا متعددين . أو قال ضمنت بعين . أو بنفس . أو بعمل ولم يعين المضمون تعييناً تاماً نافياً للجهالة الفاحشة فلا تصح الكفالة اتفاقا لان المضمون عليه مجهول ولان جواز الكفالة بالعرف وهي على هذا الوجه غير معروفة . ولا يشترط بلوغ الاصيل ولا عقله ولا حضوره بل تجوز الكفالة عن الصبي والمجنون والغائب ولكن الكفيل

لايرجع على أحد هؤلاء بما يؤديه بل يعتبر متبرعا الا اذا كانت الكفالة عن الصبي المأذون له بالتجارة وكانت بأمره

والشروط التي ترجع الى المكفول له هي . أن يكون معلوما فلا تصح الكفالة لاحد من الناس لان جهالة المكفول له لايحصل معها ماشرعت له الكفالة وهو التوثق . وأن يكون حاضرا في مجلس العقد على رأى الامام ومحمد اذا لم يقبل عنه حاضر فيه ولو فضوليا لان قبوله ركن عندهما وقال أبو يوسف لايشترط حضوره لما سبق من أن الالتزام عنده يتم بايجاب الكفيل وحده فكان ايجابه كل العقد . واستدل أبو يوسف على رأيه بما رواه أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم حضر جنازة فقال هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان فقال صلوا على صاحبكم فقال على رضى الله عنه أنا لهما ضامن فقام صلى الله عليه وسلم وصلى عليه ثم أقبل على علىٍّ فقال جزاك الله خيرا وفك رهانك كما فككت رهان اخيك فقيل يارسول الله أله خاصة أم للناس كافة فقال للناس كافة . ولهذا قال عليه الصلاة والسلام (نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه) فقد اعتبر الضمان وفاء عن المدين من غير قبول أحد . وقول الامام ومحمد هو المعتمد

والشروط التي ترجع الى المكفول به هي . أن يكون مضمونا على الاصيل سواء كان دينا أو عينا أو نفسا أو فعلا . وسيأتى بيان ذلك في الكلام على الكفالة بالمال

(كفالة المريض مرض الموت)

كل ماتقدم من الشروط انما هو بالنسبة لكفالة الصحيح أما كفالة

المريض مرض الموت فتعتبر فى حكم الوصية فلو كان الكفيل مدينا دينا مستغرقا لتركته كانت كفالته موقوفة على اجازة الدائنين . وان كان غير مدين أصلا أو كان مدينا دينا غير مستغرق لتركته وكفل لأجنبى وعن أجنبى صحت الكفالة اذا كان المكفول به لا يزيد عن ثلث التركة أو الباقى منها بعد أداء الديون واذا كفل لوارث أو عن وارث توقفت على اجازة بقية الورثة مهما كان المقدار المكفول به

(أقسام الكفالة)

للكفالة باعتبار صيغتها أقسام . وباعتبار المكفول به أقسام أخرى واليك بيان كل

(أقسام الكفالة باعتبار صيغتها)

تنقسم الكفالة باعتبار صيغتها الى أربعة أقسام : مطلقة ومقيدة بشرط . ومعلقة على شرط . ومضافة الى الزمن المستقبل

فالكفالة المطلقة صحيحة فى جميع أنواع الكفالات متى استوفت شرائطها وتكون تابعة للدين المكفول به فى الحلول والتأجيل والتقسيط فاذا كان على الأصيل حالا كانت الكفالة به حالة وان كان مؤجلا أو منجما كانت كذلك لأن الكفالة تتقيد بصفة المكفول به بدون نص على ذلك فى العقد . واذا أجل المكفول الدين على الاصيل تأجل بالتبعية على جميع كفلائه . واذا أجله على الكفيل الاول دون الاصيل تأجل عليه وعلى جميع من كفله ولا يتأجل على الأصيل

والكفالة المقيدة بالشرط صحيحة أيضا ثم ان كان الشرط ملائما صح ووجب العمل به وان كان غير ملائم بطل وصحت الكفالة . ومن الشروط الملائمة أن يشترط الكفيل فى العقد تأجيل المطالبة بالدين الحال الى أجل معلوم كشهر أو سنة فاذا فعل ذلك تأجل الدين على الاصيل أيضا الا اذا أضاف الكفيل الأجل الى نفسه . أو اضافه اليه المكفول له خاصة فانه حينئذ لا يتأجل على الاصيل . فان اشترط التأجيل بعد أن كفل كفالة حالة فالأجل له خاصة مطلقا . ويصح أن يقبل الكفيل أن تكون كفالته بالدين المؤجل حالة أومؤجلة الى أجل أقل من أجل الدين ويطالب الكفيل وحده الى حين حلول الاجل فيطالب الاصيل أيضا . لان المطالبة حق الطالب فله أن يتبرع لكل واحد منهما بتأخير حقه

ويعتبر فى حكم الاجل المعلوم ماتعارف الناس التأجيل اليه كالحصاد. وجمع القطن : ونضج ثمر النخل وما أشبه ذلك لان الجهالة فى مثل هذه الاشياء يسيرة متسامح فيها عادة فلا تفضى الى المنازعة

ومن الشروط غير الملائمة أن يشترط الكفيل تأجيل المطالبة الى أجل مجهول جهالة فاحشة غير متعارفة كنزول المطر . وهبوب الريح فاذا اشترط ذلك صح العقد وبطل الشرط وتعتبر الكفالة حالة

واذا اشترط الكفيل براءة الاصيل من الدين المكفول به وقبل المكفول له ذلك صح الشرط واعتبر العقد عقد حوالة لا عقد كفالة اذ العبرة فى العقود بالمقاصد والمعانى لا بالالفاظ والمبانى غالباً

والكفالة المعلقة على الشرط تصح اذا كان الشرط ملائما وهو ما كان

لظهور الحق . كان استحق المبيع فانا ضامن لثمنه . أو لوجوبه : كان هلك المبيع تحت يد البائع فأنا ضامن لثمنه . أو لامكان استيفاء الدين : كان قدم فلان فأنا ضامن له . أو لتعذر الاستيفاء على رأى الصاحبين . كان مات فلان مفلسا فعلىّ ما عليه . وقال الامام ان هذه الكفالة لا تصح والأول هو المعتمد

فان كان الشرط المعلقة به الكفالة غير ملائم كقولك ان نزل المطر أو هبت الريح فأنا ضامن لما على فلان فلا تصح الكفالة لأن فيها معنى التمليك وما فيه ذلك من العقود لا يصح تعليقه على هذا الشرط

والكفالة المضافة الى الزمن المستقبل تصح اذا كان الزمن المضافة اليه معلوما كعيد الفطر أو فى حكم المعلوم كالحصاد ونضج ثمر النخل . وتبطل ان كان الاجل مجهولا جهالة فاحشة كنزول المطر

(أقسام الكفالة باعتبار المكفول به)

تنقسم الكفالة باعتبار المكفول به الى ثلاثة أقسام : كفالة بالنفس وكفالة بالمال . وكفالة بالفعل . ولكل حكم يخصه واليك بيانه :

(الكفالة بالنفس)

الكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها هو احضار الشخص المكفول الى المكفول له

وقال الامام الشافعى لاتجوز الكفالة بالنفس لأن الكفيل لا ولاية له على نفس المكفول شرعا حتى يقتدر على تسليمه والقدرة على التسليم

شرط لصحة الكفالة واستدل علماء الحنفية بقوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) وقوله صلى الله عليه وسلم (الزعيم غارم) وهو باطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بأنواعها والغرم لايختص بالمال بل يشمل كل مايلزم الانسان أداؤه والكفيل بالنفس يلزمه الاحضار وروى أنه صلى الله عليه وسلم كفل رجلا فى تهمة . وكان بين على وعمر رضى الله عنهما خصومة فكفلت أم كلثوم بنفس على . والقدرة على التسليم موجودة اما بواسطة الكفيل وحده واما بمعاونة رجال الحكومة له

وتنعقد الكفالة بالنفس بقول الكفيل : أنا ضامن نفس فلان أو رقبته أو نحو ذلك مما يعبر به عن البدن حقيقة أو عرفا . ولا تنعقد بقول الكفيل أنا ضامن معرفته لأنه التزم المعرفة دون المطالبة

وتصح الكفالة بالنفس فى جميع الاشياء الا فى شيئين : أحدهما فى الحدود التى هى من حقوق الله كحد الزنا وشرب الخمر لأن هذا الحد يحتال فى درئه ما أمكن والكفالة انما شرعت للاحتيال فى استيفاء المكفول به وبينهما التنافى . وثانيهما فى الشهادات فلا تصح الكفالة بنفس الشاهد ليؤدى الشهادة لأنه لافائدة فى هذه الكفالة اذ الشاهد عند مطالبة الطالب له بالأداء اما أن يجيب أو لا . فان أجاب وحضر فلا حاجة لكفالته . وان لم يجب ولم يحضر يكون فاسقا فلا تقبل شهادته ولو أحضره الكفيل أما الحدود والعقوبات التى هى من حقوق العباد ولو من وجه فتصح الكفالة بنفس من وجبت عليه كما تصح بغير الحدود

ويجب على الكفيل تسليم الشخص المكفول فى الميعاد المتفق

عليه ان كان حاضراً . فان كان غائبا وكان محل اقامته معلوما وجب احضاره وتسليمه ويجوز للمكفول له أن يطالب من الكفيل كفيلا يحضره اذا لم يعد . فان امتنع عن تسليمه مع قدرته عليه حبسه الحاكم حتى يتبين عجزه فان ثبت عجزه عن احضاره لكون محل اقامته غير معلوم مثلا فلا يطالب به . واذا اشترط المتعاقدان أنه اذا لم يحضر الكفيل المكفول فى يوم كذا يكون ضامنا لما عليه من الدين صح الشرط ثم اذا سلمه برىء والا كان ضامنا للدين الذى عليه فيطالب به عقب الميعاد المحدد ان كان الدين على الأصيل حالا والا فعند حلول الأجل ان كان مؤجلا

ويبرأ الكفيل بالنفس بواحد مما يأتى :

(١) بتسليم المكفول المكفول له فى الزمان والمكان المعينين اذا حصل تعيينهما فى العقد . فان سلمه فى غيرهما فلا يبرأ على قول أبى يوسف وبعض متأخرى الفقهاء وعليه الفتوى سواء كان التسليم فى زمان ومكان يمكن معهما مخاصمته كأن كان نهاراً وفى المصر . أولا تمكن فيه المخاصمة كأن كان ليلا أو فى البرية . وكان المتقدمون من الفقهاء يقولون ببراءة الكفيل اذا سلمه فى مكان يتمكن فيه المكفول له من مخاصمة المكفول . واذا لم يحصل تعيين زمان أو مكان للتسليم يبرأ الكفيل اذا سلمه فى زمان ومكان يتمكن فيهما المكفول له من مخاصمة الكفيل كما ذكر بشرط أن يعلم وقت التسليم أن الكفيل يسلمه بحكم الكفالة سواء سلمه فى مجلس القضاء أو فى غيره

(٢) بابراء المكفول له الكفيل وهذه البراءة لا تستلزم براءة الأصيل

(٣) بموت المكفول . ويبرأ الكفيل الثانى وكفيله بموت الكفيل الأول . ولا يبرأ الكفيل بموت المكفول له بل تقوم ورثته مقامه فى المطالبة باحضار المكفول

(الكفالة بالمال)

تصح الكفالة بالمال سواء كان معلوما أو مجهولا اذا كان دينا لأنها مبنية على التوسع لامكان الأستيفاء من الأصيل فكما يصح أن تقول كفلت لك فلانا بألف جنيه يصح أن تقول كفلته بما عليه من الدين . أو بما يثبت فى ذمته . أو ماشابه ذلك

والمال الذى تصح الكفالة به اما أن يكون عينا أو دينا . فان كان عينا يشترط فيه أن يكون مضمونا على الأصيل بنفسه وذلك كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء والمبيع بعقد فاسد . فان لم يكن مضمونا أصلا كالعارية والوديعة . أو كان مضمونا بغيره كالمبيع قبل تسليمه وكالرهن فان الأول مضمون على البائع بالثمن حتى يسلمه والثانى مضمون على المرتهن بالأقل من قيمته ومن الدين فلا تصح الكفالة به

وان كان دينا يشترط فيه أن يكون دينا صحيحا ثابتا فى الذمة . والدين الصحيح هو الذى لا يسقط الا بالأداء أو الابراء كدين القرض والثمن والأجرة والمهر وبدل الخلع وضمان المتلفات من الأموال ونفقة الزوجة المستدانة بالتراضى أو بقضاء القاضى . وتصح الكفالة أيضا بالخراج لأنه دين واجب على الناس للحكومة فى مقابلة ماتقوم به من الاعمال النافعة لهم فكان كالأجرة

فان كان الدين غير صحيح بأن كان نفقة غير مستدانة للزوجة أو مستدانة بغير الرضا أو القضاء أو نفقة للاقارب مطلقا فلا تصح الكفالة به وانما كان هذا الدين غير صحيح لانه يسقط بغير الاداء أو الابراء كالنشوز والطلاق والموت

ولا تصح الكفالة بالدين ممن ترجع اليه حقوق العقد الذى ثبت به هذا الدين اذ القاعدة أن كل من ترجع اليه حقوق العقد لا يصح منه أن يلتزم المطالبة بما يجب بهذا العقد . ويترتب على ذلك أنه لا تصح كفالة وكيل البائع الثمن عن المشترى لأن الوكيل له حق قبض الثمن أصالة فيصير كأنه ضامن لنفسه . ومثل الوكيل الوصى فيما يبيعه لغيره من مال اليتيم وناظر الوقف فيما يبيعه للاستبدال. وكذلك لا تصح كفالة أحد الشريكين حصة شريكه الآخر له فى الدين المشترك الذى لهما على الغير لانه لو صح الضمان مع بقاء الشركة يصير الانسان ضامنا لنفسه اذ ما من جزء يؤدى من الدين الا وهو مشترك بينهما وضمان الانسان لنفسه لا يعقل . بخلاف ما اذا كان الدين عليهما فانه تصح كفالة كل منهما الآخر . واذا أدى أحدهما مقدار ما عليه فقط أو أقل فلا يرجع على شريكه بشىء وان أدى أكثر مما عليه رجع على صاحبه بمقدار الزيادة فقط وذلك أن كل واحد من الشريكين أصيل فيما عليه وكفيل فيما على غيره فما أداه الى تمام ما عليه كان عنه خاصة بحق الاصالة صرفا للمدفوع الى أقوى ما عليه اذ نصيبه دين عليه ونصيب شريكه ليس عليه فيه الا المطالبة

(الكفالة بالفعل)

تصح الكفالة بفعل شيء من الأشياء بشرط أن يكون الفعل واجبا على الاصيل وذلك كتسليم البائع المبيع للمشترى وتسليم المرتهن العين المرهونة للراهن بعد أداء الدين فان كلامنهما مضمون على صاحبه لكن اذا هلك المبيع أو الرهن قبل التسليم تبطل الكفالة ولا يجب على الكفيل شيء كما اذا مات المكفول فى الكفالة بالنفس أما الكفالة بالعين فانها لا تبطل بهلاك العين المكفول بها لانها بعد الهلاك تبقى مضمونة على الاصيل بمثلها أو بقيمتها

(أحكام الكفالة على العموم)

حكم العقد هو أثره المترتب عليه والذى يترتب على عقد الكفالة من الاحكام هو ما يأتى:

الاول — ثبوت الحق المكفول له فى مطالبة الكفيل بما على الاصيل ويطرد هذا الحكم فى سائر أنواع الكفالات . والغالب أن يكون للمدين كفيل واحد وحينئذ يطالب بكل ماعلى الاصيل وقد تتسلسل الكفلاء أو تتعدد

فاذا تسلسل الكفلاء بأن كان للكفيل كفيل ولهذا كفيل أيضا. وهكذا فانه يثبت للمكفول له الحق فى مطالبة كل واحد من هؤلاء. الكفلاء بكل الدين كما يطالب به الاصيل واذا أدى أحد الكفلاء رجع على من كفله دون غيره فيرجع الكفيل الاول على الاصيل وهكذا

واذا تعدد الكفلاء بأن كفل جملة أشخاص شخصا فان المطالبة لكل واحد من الكفلاء تختلف باختلاف عقد الكفالة وذلك أن الكفلاء اما أن يكونوا متضامنين أو غير متضامنين . وعلى كل فاما أن يكفلوا بعقد واحد أو بعقود متعددة بأن يكفل كل واحد على حدته فللمسألة أربع صور : للتضامن اثنتان . ولغير التضامن مثلهما

ففي صورتي التضامن وصورة عدم التضامن اذا كفل كل واحد بعقد على حدته يكون للمكفول له حق مطالبة الأصيل وكل واحد من الكفلاء بكل الدين . وفي صورة عدم التضامن اذا كانت الكفالة بعقد واحد يطالب الاصيل بكل الدين وكل واحد من الكفلاء بما يخصه وأما ما يرجع به المؤدى فسيأتى بيانه قريباً

ثانيا — ثبوت الحق للكفيل في مطالبة الاصيل بتخليصه من الكفالة بأنواعها فيطالبه بتسليم نفسه ان كانت الكفالة بالنفس أو بالقيام بالفعل المطلوب منه ان كانت الكفالة بالفعل أو بأداء المال المكفول به عيناً كان أودينا . وان كانت العين قدهلكت طالبه بأداء مثلها أو قيمتها ويجوز للكفيل في كل هذه الاحوال أن يلازم الأصيل ويمنعه من السفر ويطلب أن يحبس معه اذا حبس حتى يخلصه من الكفالة ولكن هذا الحق لا يثبت الا بتوفر الامرين الآتيين (١) أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه والا فلا يكون للكفيل حق في شئ مما ذكر (٢) أن تكون الكفالة حالة وأن يطالب المكفول له الكفيل بأداء ما تعهد به

ثالثا — ثبوت الحق للكفيل في الرجوع على الاصيل بالشروط

الآتية . (١) أن تكون الكفالة بأذن المكفول عنه. وقال الامام مالك يرجع ولو كانت بغير اذنه (٢) أن يكون الاذن صحيحاً بأن يكون الآذن ممن يصح اقراره على نفسه بالدين ولهذا لا يصح الرجوع على الصبي المحجور عليه ولو كانت الكفالة باذنه (٣) أن يؤدي المال الى المكفول به ويعتبر كالأداء في صحة الرجوع ما اذا وهب الدائن الدين للكفيل بخلاف ما اذا أبرأه منه لان الابراء بالنسبة له اسقاط لحق المطالبة فقط ولهذا لا يسقط الدين عن الأصيل (٤) ألا يكون للاصيل على الكفيل دين مثله والا فيلتقيان قصاصاً

واذا تعدد الكفلاء وأدى واحد منهم فان كانوا متضامنين جاز للمؤدي أن يرجع على الاصيل بكل ما أداه وعلى كل واحد من شركائه في الكفالة بحصته منه سواء كفلوا بعقد واحد أو كفل كل واحد منهم بعقد على حدته . وان لم يكونوا متضامنين وكانت الكفالة بعقد واحد فالحكم في الرجوع كما ذكر وان كانت بعقود متعددة فلا يرجع المؤدي الا على الأصيل لأنه لا علاقة بين كفالته وكفالة الآخرين

رابعا — أنه اذا دفع الكفيل الدين المؤجل قبل حلول أجله فلا يرجع به على الاصيل الا عند حلوله

خامسا — أنه اذا كانت الكفالة مؤجلة على كل من الكفيل والاصيل ومات أحدهما قبل حلول الأجل حل الاجل بالنسبة له خاصة وأخذ الدائن من تركته ولا ترجع ورثة الكفيل على الاصيل بما أدوه للدائن الا عند حلول الاجل فان ماتا معا فللدائن أخذ الدين من أي التركتين شاء فان أخذه من تركة الاصيل برئ كل الكفلاء

وان أخذه من تركة الكفيل رجع به ورثته على ورثة الاصيل فوراً لحلول الاجل بالنسبة اليهما على السواء

سادسا — أنه اذا مات المكفول له فلا يبطل الاجل لانه لا يبطل الا بموت من هو له . ولو كان الوارث له هو الكفيل رجع على الاصيل بالدين . أما لو ورثه الاصيل فان الكفيل يبرأ من الكفالة لان الوارث ملك ما كان عليه فبرئ منه وتستلزم براءته براءة الكفيل

(انقضاء الكفالة)

تنقضى الكفالة بالنفس بأحد الأسباب السابق بيانها فى المبحث الخاص بها . وتنقضى الكفالة بالفعل بأحد ثلاثة أمور (١) القيام به من الأصيل أو من الكفيل (٢) هلاك العين المضمون تسليمها (٣) الابراء من الفعل المضمون

وتنقضى الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها بأحد أمرين :
(١) تسليم العين ان كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها ان كانت هالكة
(٢) ابراء الأصيل أو الكفيل وبراءة الأصيل تستلزم براءة الكفيل ولا عكس

وتنقضى الكفالة بالدين بأحد الامور الآتية (١) أداء الدين الى الطالب سواء كان الأداء من الكفيل أو من الاصيل ويعتبر فى حكم الأداء ما اذا وهب الطالب المال للكفيل أو للاصيل : أو تصدق به على أحدهما لان كلا من الهبة والصدقة تمليك للشئ الموهوب (٢) ابراء الطالب الكفيل أو الاصيل غير أنه اذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الاصيل

لأن ابراءه انما هو عن المطالبة لا عن الدين اذ هو لا دين عليه وليس من ضرورة اسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط أصل الدين عن الاصيل وقد اتفق الفقهاء على أن ابراء الكفيل أو الهبة له أو التصدق عليه لا يرتد بالرد فلا يعود حق مطالبته بالدين المكفول به. وأن ابراء الاصيل والهبة له والتصدق عليه يرتد بالرد ويعود الدين الى ذمته وقد اختلفوا فى رجوع الكفالة بسبب رد الاصيل فقيل ترجع وقيل لا ترجع. واذا أبرأ الطالب الاصيل أو وهب له الدين بعد موته فرد ورثته الابراء أو الهبة فقال الامام وأبو يوسف يرتد الدين ويجب عليهم أداؤه من التركة وقال محمد لا يرتد (٣) اذا مات المكفول له ولا وارث له غير المدين لان الدين آل الى المدين بالارث فتبطل الكفالة فان كان للمكفول له وارث آخر غير مدين برىء الكفيل من حصة المدين دون حصة غيره (٤) اذا أحال الاصيل أو الكفيل الدائن على آخر حوالة صحيحة ولكن احالة الاصيل الدائن يبرأ بها جميع الكفلاء (٥) اذا استحق المبيع للغير برىء الكفيل من الكفالة بثمنه الذى كان ضامنا له[1]

---

(١) ـ الكفالة قانونا

الكفالة في القانون مبينة أحكامها بالمواد (من ٤٩٥ الى ٥١١) وفى شرح القانون بالصفحات التى (من ٣٣٧ الى ٣٤١) وهي أحد عقود التأمينات التي عليها ينبنى أساس الثقة المتبادلة فى المعاملات وقد اتى شارح القانون فى موضوع الثقة العامة وهى التى تحمل ذوى الاموال على حسن تصريف أموالهم . والثقة الخاصة وهى التى بين الافراد بعضهم مع بعض أو مع أرباب الاموال بجوامع

الكلم فمن ذلك قوله : ما كان بالناس من حاجة الى الاوامر القانونية والاوضاع النظامية ليكون لبعضهم ثقة بالآخرين لو دامت فضيلة الوفاء بالعهد على بداوتها واستمرت الضمائر على قوتها فى دفع العاقدين الى ما عاهدوا الله وأنفسهم عليه ولكن الضمائر كائنات وللكائنات تقلبات ولصروف الايام مقتضيات وللضروريات أحكام . وجبت معونة القانون على استبقاء الثقة فى المعاملات وتوطيد أركانها فاهتمت كل أمة بذلك ووضعت له من القواعد والمبادىء ما يناسب درجة عمرانها وعلى قدر انقلابها من قيود الماضى وصفاء جو معاملاتها من تعثر النظامات . تدور تلك القواعد والمبادىء على تقرير الضمان الذى اهتدى اليه مقنن كل امة فنهم من أنشأ ومنهم من قلد ومن هؤلاء واضع القانون المصرى . والتأمينات عندنا تنقسم الى ثلاثة أقسام

الاول — التأمينات الشخصية وهى الكفالة

الثانى — العينية وهي الرهن بأنواعه وحق حبس العين وسيأتى بيان هذا القسم

الثالث — الضمان العام وهو التنفيذ القهرى . اه

وموضوع كلامنا الآن هو القسم الاول الخاص بالكفالة

وتنحصر مباحث الكفالة القانونية فى تعريفها وقواعدها العامة . وما يترتب عليها . وانقضائها واليك بيان كل مأخوذاً من القانون وشرحه

(تعريف الكفالة قانونا)

الكفالة كما يؤخذ من المادة (٤٩٥) هى عقد يلتزم به أحد الطرفين للطرف الآخر أداء دين لهذا قبل ثالث اذا لم يقم المدين بالوفاء . ومن هذا التعريف يعلم أن الكفالة الشرعية أكثر ضمانا للدائن لأن الكفيل يطالب مع الأصيل ويجبر على الدفع ولو كان الأصيل موسرا ثم يرجع بما دفع حسب التفصيل المبين فى الشريعة الغراء وقد اتفق القانون مع الشريعة فى عدم وجوب رضا المدين الاصلى لصحة العقد . وفى لزوم العقد على الكفيل دون المكفول له

(قواعد عموعية للكفالة)

(١) — الكفالة عقد تابع لغيره فتكون باطلة اذا كان الدين المكفول به باطلا ما لم تكن الكفالة حاصلة بسبب عدم أهلية المدين فانها تصح . ويترتب على ذلك أنه يجوز للكفيل أن يكفل القاصر أو المحجور عليه فيما التزم به (مادة ٤٩٦) وللدائن أن يأخذ على الكفيل كفيلا ويسمى هذا مصدقاً

(٢) — لايجوز أن تكون الكفالة أشد من الالتزام الاصلى فلا تكون بمبلغ أكثر مما على المدين . ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول به . والشريعة الغراء تبيح هذا فيكون الدين مؤجلا والكفالة به حالة كما سبق فى الكفالة الشرعية المقيدة بالشرط — لكن يجوز أن تكون الكفالة بمبلغ أقل من الدين وبشروط أخف من شروطه (مادة ٤٩٧)

(٣) — عقد الكفالة لايقتضى التضامن بين الكفيل والأصيل الا بنص صريح فى العقد أو فى القانون (مادتى ٤٩٨ و ٤٩٩)

(٤) — اذا تعهد المدين تعهداً مطلقا باعطاء كفيل سواء كان التعهد حاصلا باتفاق بينه وبين الدائن أو أمام المحكمة وأعسر الكفيل الذى استحضره وجب على المدين استبداله بكفيل آخر (مادة ٥٠٠)

(٥) — يجب أن يكون اعطاء الكفيل على حسب الاوجه المبينة فى قانون المرافعات (مادة ٤٠١ وما بعدها مرافعات) من جهة معرفة اقتدار الكفيل وعدمه (مادة ٥٠١)

(ما يترتب على الكفالة قانونا)

يترتب على الكفالة قانونا أن يصير على الكفيل واجبات وله حقوق

واجبات الكفيل

يجب على الكفيل ما يأتى :

(١) — أداء الدين اذا لم يؤده المدين فى الميعاد المعين ولكن يجوز للكفيل غير المتضامن أن يلزم رب الدين بمطالبة المدين بالوفاء اذا كان الظاهر من أمواله الجائز حجزها أنها تفى بأداء الدين بتمامه وحينئذ يكون للمحكمة النظر والحكم فى ايقاف المطالبة الحاصلة للكفيل ايقافا مؤقتا مع عدم الاخلال بالاجراءات التحفظية (مادة ٥٠٣)

(٢) — اذا تعدد الكفلاء وكانوا قد كفلوا بعقد واحد ولم يكونوا متضامنين كان كل واحد منهم مسئولا للدائن بقدر حصته فى الكفالة فان كفلوا بعقود متعددة ولم يكونوا متضامنين أيضا فللدائن مطالبة كل واحد منهم بكل الدين . وكذلك الحكم اذا كانوا متضامنين سواء كانت الكفالة بعقد واحد أو بعقود متعددة ولا يكون التضامن الا بنص فى العقد أو بقرائن الاحوال اذا تعددت العقود (مادة ٥٠٤)

(٣) — يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أداء الدين بعزمه على الاداء أو بالمطالبة الحاصلة له من رب الدين والا سقط حقه فى الرجوع على المدين فى الحالتين اذا كان المدين أدى الدين بنفسه أو كان له أوجه لاثبات بطلان الدين أو زواله عنه (مادة ٥٠٧)

(٤) — اذا كانت الكفالة بالنفس بأن تعهد الكفيل باحضار المدين يوم حلول أجل الدين ولم يحضره فى الميعاد كان ملزما بالدين واذا أحضره أو حضر هو من نفسه برئ الكفيل

حقوق الكفيل

حقوق الكفيل هى ما يأتى :

(١) — أنه اذا أدى الكفيل الدين بعد حلول أجله كان له أن يرجع بما أدى للدائن على المدين ويحل محل الدائن فى جميع حقوقه بما فى ذلك التأمينات الاخرى لكن لايجوز له الرجوع الا بعد استيفاء الدائن دينه بتمامه (مادة ٥٠٥)

(٢) — اذا أدى أحد الكفلاء المتضامنين جميع الدين عند حلول أجله فله أن يرجع على كل من باقى الكفلاء بما يخصه من الدين وما يخصه من حصة المعسر منهم (مادة ٥٠٦)

(٣) — يجوز للكفيل أن يطالب المدين عند حلول الاجل بأداء الدين المكفول به حتى فى حالة مالو اتفق المدين مع الدائن على تأجيل الوفاء لاجل جديد مادامت الكفالة قائمة . وله طلب الوفاء قبل حلول الاجل اذا أفلس المدين (مادة ٥٠٣)

(٤) — للكفيل أن يحتج على الدائن بجميع أوجه الدفع التى يجوز للمدين أن يحتج بها ماعدا الاوجه الخاصة بشخص المدين فله ان يدفع بالمقاصة وتجديد الدين . ومضى المدة . وببطلان العقد اذا لم يكن البطلان مبنيا على عدم أهلية المدين (٥٠٩)

(انقضاء الكفالة)

تنقضى الكفالة قانونا بأحد الاسباب الآتية :

(١) — بانقضاء التعهد المكفول به . وانقضاؤه يكون بأداء الاصيل أو بسقوط الحق فى الدين بمضى المدة أو بتجديد التعهد فان تجديده يوجب سقوط الاول فتسقط الكفالة بالتبعية له

(٢) — بابراء الدائن الكفيل من الكفالة . وبتجديل الاجل : واتحاد الذمة بأن صار الكفيل دائنا ومدينا الا أنه فى هذه الحالة الاخيرة تبقى التأمينات الخاصة التي يكون قدمها للدائن حتي لاينااله خسارة من سقوطها

كتاب الحوالة

الحوالة هى العقد الثانى من العقود التى لاتقوم الا بالتبعية لغيرها لانها لاتوجد الا بوجود دين على المحيل فهى تابعة له وجودا أو عدماً

والكلام عليها ينحصر فى تعريفها . وأركانها . وأصل مشروعيتها . وحكمة المشروعية . وأقسامها . وشروطها . وما تصح به الحوالة وأحكامها وما يبطلها . وانقضائها . واليك بيان كل

(تعريف الحوالة)

الحوالة معناها لغة الانتقال لانها مأخوذة من التحويل وهو نقل الشيء من محل الى محل . ومعناها شرعا نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه

(أركان الحوالة)

أركان الحوالة اثنان وهما الايجاب من المحيل والقبول من المحال

= (٣) — باضاعة الدائن التأمينات التى كانت له على المدين كالرهن والامتياز (مادة ٥١٠) وضياعها يكون اما بالتنازل عنها صراحة للمدين أو باهمال تجديد تسجيلها

(٤) — بقبول الدائن شيئا بصفة وفاء للدين فان الكفيل يبرأ بذلك ولو استحق الشيء للغير بعد قبول الدائن له (مادة ٥١١)

والمحال عليه وقد يكون الايجاب من واحد من هذين الاخيرين والقبول من الآخر بدون حاجة الى ايجاب المحيل أو قبوله وسيأتى تفصيل ذلك فى الشروط

وليس لصيغة الحوالة ألفاظ خاصة فكل لفظين يدلان على نقل الدين والمطالبة من ذمة الى ذمة يصلحان ايجابا وقبولا

والمحيل هو المدين . والمحال أو المحتال هو الدائن . والمحال عليه هو من التزم أداء الدين للمحال . والمحال به هو الدين الذى على المحيل . وقد يكون المحيل هو الدائن . والمحال عليه هو المدين كما اذا أحال البائع غريمه بالثمن على المشترى وعلى كل حال يجب أن يكون المحيل مدينا للمحال كما سيأتى

(أصل مشروعية الحوالة وحكمة مشروعيتها)

الحوالة مشروعة بالسنة والاجماع

فالسنة قوله عليه الصلاة والسلام (مطل الغنى ظلم واذا اتبع أحدكم على ملىء فليتبع) ومعنى أتبع أحيل . ومعنى ملىء غنى . وهذا الامر للاباحة . ويقول أكثر أهل العلم بأنه للاستحباب . وعن الامام أحمد أنه للوجوب . والظاهر أنه للاباحة . وذلك أنه ان كان المحال عليه عنده من اللدد وعدم السهولة فى الدفع ما تكثر به الخصومة والمضارة فلا يطلب الشارع اتباعه . وان كان يعلم من حالة الملاءة وسهولة الاداء كان اتباعه مستحبا وان كان لا يعلم حاله فاتباعه مباح . ولا يمكن

اضافة هذا التفصيل الى للنص المقدم فيحمل على الجواز بدليل اجماع الأمة على جوازها

والاجماع هو ماتراه من احالة المسلمين دائنيهم على غيرهم بدون نكير على ذلك من أحد منهم

وحكمة مشروعيتها التخفيف على المدين والتيسير عليه بعدم مطالبته فى الحال ودفع حاجة الدائن وتنفيس كربته بأداء المحال عليه الدين له

(أقسام الحوالة)

تنقسم الحوالة الى قسمين . حوالة مطلقة . وحوالة مقيدة

فالحوالة المطلقة هى أن يحيل المدين دائنه على آخر حوالة مطلقة أى غير مقيدة بأدائه من دين على المحال عليه . أو عين عنده وديعة أو مغصوبة ولا يلزم فى هذه الحوالة أن يكون المحال عليه مدينا للمحيل

والحوالة المقيدة هى أن يحيل المدين دائنه على آخر حوالة مقيدة بأدائه من الدين الذى للمحيل فى ذمة المحال عليه أو من العين التى له عنده أمانة أو مغصوبة

(شروط الحوالة)

يشترط لانعقاد الحوالة أن يكون كل من المحيل والمحال عاقلين ولا يشترط أن يكونا بالغين . وأن يكون المحال عليه بالغا عاقلا

ويشترط لصحتها شرطان :

(١) — أن يكون المحيل مدينا للمحال والا كانت وكالة . ولا يشترط أن يكون المحال عليه مدينا للمحيل

(٢) - رضا الكل أى المحيل . والمحال . والمحال عليه . وقيل لايشترط رضا المحيل الا ليصح الرجوع عليه بما يؤديه عنه المحال عليه ان لم يكن مديونا له أو لسقوط الدين الذى يكون له على هذا . واستدل من يشترط رضاه بأن ذوى المروءات يأنفون من تحمل غيرهم ما عليهم من الدين حتى لايكون لهم بذلك منة عليهم واستدل من لايشترط رضاه بأن التزام الدين من المحال عليه تصرف فى حق نفسه وفيه نفع للمحيل عاجلا بانتفاء مطالبته فى الحال وآجلا بعدم الرجوع عليه فى المآل لانه لايرجع عليه الا اذا كانت الحوالة بأمره. وأما رضا المحال والمحال عليه فهو شرط بالاتفاق لان المحال هو صاحب الحق وتختلف اليه الذمم فلا بد من رضاه لاختلاف الناس فى سهولة الايفاء وصعوبته ولان المحال عليه يلزمه المال ويختلف عليه الطلب . والناس متفاوتون فيه فمنهم من يطلب بعنف وعجلة ومنهم من يطلب برفق وامهال . ولكن لايشترط رضا المحال عليه فى صورة واحدة وهى ما اذا استدانت الزوجة للنفقة على نفسها بالتراضى أو بأمر القاضى فانها فى هذه الحالة يجوز لها أن تحيل دائنها على زوجها بلا رضاه ويكون ملزما بدفع الدين للمحال

ويشترط لنفاذها أن يكون كل من المحيل والمحال بالغين . فلو كانا صبيين مميزين محجورا عليهما توقفت الحوالة على اجازة الولى أو الوصى فان أجازها نفذت والابطلت . ولاتكون الاجازة معتبرة الا اذا كان المحال عليه أغنى من المحيل وأسهل أداء للدين اذا كان المحال صبياً لان الولاية والوصاية لمصلحته ولا مصلحة فى أن يحال الصبى على من كان أقل من المدين أو مساويا له فى الغنى وسهولة الاداء

(ماتصح به الحوالة وما لاتصح)

الذى تصح به الحوالة هو الدين الصحيح الثابت فى الذمة فلا تصح الحوالة بالأعيان المعينة ولا بالحقوق ولا بالدين غير الصحيح كدين النفقات غير نفقة الزوجة المستدانة بالتراضى أو بقضاء القاضى. والاصل فى ذلك أن كل دين لاتصح به الكفالة لاتصح به الحوالة وكل دين تصح به الكفالة تصح به الحوالة الا الدين المجهول فان الحوالة لاتصح به وان صحت به الكفالة . وكما تصح الحوالة بالديون الثابتة أصالة فى الذمة كدين القرض والثمن والاجرة تصح الحوالة أيضا بالديون الثابتة فى الذمة بطريق الكفالة أو الحوالة أى أنه يجوز للكفيل أو المحال عليه أن يحيل الدائن على غيره . وتصح أيضا احالة المستحق فى الوقف دائنه باستحقاقه على الناظر اذا كانت غلة الوقف مستحصلة فى يده وقبل الناظر الحوالة لان الغلة متى وصلت الى يد الناظر صارت دينا عليه للمستحقين ووجب اعطاؤها لهم فى الميعاد المتفق عليه . أما قبل تحصيلها فلا تصح الحوالة بها . وكذلك تصح احالة الولى أو الوصى على الغير بمال الصبى اذا كان فيه خير لليتيم بأن يكون المحال عليه أغنى من المحيل وأيسر دفعا فان كان أقل منه أو مساويا له فلا يصح

(أحكام الحوالة)

للحوالة أحكام كثيرة : منها مايترتب على نفس العقد . ومنها ما يترتب على موت أحد المتعاقدين

مايترتب على عقد الحوالة

يترتب على عقد الحوالة المستوفى شرائطه الاحكام الآتية وهى :

(١) ـ أن المحيل يبرأ من الدين ومن المطالبة براءة مقيدة بشرط سلامة حق المحال ولو لم يشترط ذلك فى العقد لان ذمة المحال عليه خلف عن ذمة المحيل فاذا فات الخلف يرجع الى الاصل ولان الحوالة تفيد النقل والتحويل لا التمليك ولهذا يبقى الدين مملوكا للمحيل بعد الحوالة وسيأتى بيان مايترتب على ذلك

وقال الامام الشافعى ان المحيل يبرأ براءة مطلقة فلا يرجع عليه المحال بحال من الاحوال ولو لم يسلم حقه الا اذا كان الرجوع مشروطا فى العقد فيتبع الشرط لان الحوالة عنده تفيد التمليك لامجرد التحويل كما هو الحال عند علماء الحنفية

(٢) ـ أنه اذا أحال شخص دائنه على آخر حوالة مطلقة وكان للمحيل على المحال عليه دين أوله عنده عين وديعة أو مضمونة فله أن يطالبه بما عنده من الدين أو العين بعد الحوالة لان العقد لم يتعلق بشىء مما عند المحال عليه ويستمر حق المطالبة الى أن يؤدى الدين المحال به للمحال فان أداه سقط عنه وان أدى بعضه سقط مما عليه بقدر ما أدى وبقى للمحيل حق المطالبة بما بقى

واذا أحاله حوالة مقيدة بالدين الذى فى ذمة المحال عليه أو بالعين التى عنده فليس للمحيل مطالبته بالدين المقيدة به الحوالة

(٣) ـ أنه لا يجوز للمحال عليه دفع الدين المقيدة به الحوالة

للمحيل لتعلق حق المحال به فان دفعه اليه ضمنه للمحال وجاز له أن يسترده من المحيل . ثم ان كان المحيل قد أذن للمحال عليه فى بيع العين التى عنده وأداء دين الحوالة من ثمنها وجب البيع وألزم به المحال عليه اذا كان المحيل غائبا لان هذا الاذن وان كان توكيلا بالبيع وهو فى الاصل عقد غير لازم الا أنه لتعلق حق المحال به وعدم حضور الموكل صار لازما ولكن لايجبر المحال عليه على دفع الدين قبل البيع

(٤) — أنه اذا أحال المرتهن غريمه على الراهن سقط حقه فى حبس الرهن وكذلك اذا أحال البائع غريمه على المشترى ليأخذ منه الثمن سقط حقه فى حبس المبيع لان حق حبس الرهن أو المبيع انما يكون للمرتهن والبائع مادام لهما حق المطالبة فان أسقطاه برضاهما كما ذكر سقط الحق فى الحبس تبعا له . بخلاف ما اذا أحال الراهن المرتهن بالدين . أو أحال المشترى البائع بالثمن على آخر فان حق المرتهن أو البائع فى حبس الرهن أو المبيع لايسقط لان كلا منهما قد يرجع على الراهن أو البائع اذا لم يسلم حقه فرضاه بالحوالة ملحوظ فيه سلامة هذا الحق وهى غير متحققة قبل القبض فيبقى له الحق فى المطالبة عند التوى أى عدم امكان الحصول على الدين من المحال عليه

(٥) — أن دين الحوالة ينتقل على المحال عليه بالصفة التى كان بها على المحيل فان كان أصل الدين حالا تكون الحوالة به حالة ويجب دفعه معجلا وان كان أصله مؤجلا تكون الحوالة به مؤجلة ولا يلزم المحال عليه أن يؤديه الا عند حلول الأجل

ما يترتب على الحوالة اذا مات أحد المتعاقدين

أحكام هذا المبحث مبنية على ما سبق ذكره من أن عقد الحوالة يفيد النقل والتحويل لا التمليك فيبقى الدين المقيدة به الحوالة مملوكا للمحيل ويعتبر جزءاً من تركته اذا مات وبيان ذلك :

أولا — أنه اذا مات المحيل مديناً لغير المحال ينظر : فان كان المحال قد استوفى الدين كله من المحال عليه حال حياة المحيل فهو له ولا يزاحمه فيه غيره . وان لم يستوف منه شيئا فلا يختص به المحال بل يكون فيه أسوة الغرماء لأنه من جملة تركة المحيل وقد تعلقت بها حقوق جميع الدائنين . وان استوفى بعضه قبل موت المحيل دون البعض الآخر فما استوفاه ملكه وما لم يستوفه يكون فيه أسوة الغرماء. واذا لم يف ما أخذه من تركة المحيل بدين الحوالة فلا يكون له حق الرجوع على المحال عليه لأن الحوالة كانت مقيدة بدين وقد أداه المدين ان ثبت له وقال زفر ان دين الحوالة يختص به المحال ولا يشاركه فيه أحد من غرماء المحيل

ثانيا — أنه اذا مات المحال وكان المحال عليه غير وارث له فلا يتغير بموته شيء من أحكام الحوالة بل تقوم ورثته فيها مقامه . وان كان وارثا له ولم يكن له وارث سواه برئ المحال عليه من الدين لان تركة المحال آلت اليه بما فيها هذا الدين فصار له بحكم الميراث وعليه بحكم الاستدانة فيتساقطان

ثالثا — اذا مات المحال عليه وكان دين الحوالة مؤجلا يصير بموته حالا لان الاجل يبطل بموت من هو له وللمحال أن يأخذ من تركته

فوراً فان وفت بأدائه فيها والا رجع على المحيل بما بقى له . واذا كان له غرماء آخرون قسمت تركته بين جميع الغرماء بما فيهم المحال بنسبة ديونهم وان بقى للمحال شئ رجع به على المحيل

(ماتبطل به الحوالة وما يترتب على بطلانها)

الأسباب التى توجب بطلان الحوالة ثلاثة أقسام : قسم يوجب بطلان الحوالة مطلقا سواء كانت مطلقة أومقيدة. وقسم يوجب بطلان الحوالة المطلقة فقط . وقسم يوجب بطلان الحوالة المقيدة فقط

فالذى يوجب بطلان الحوالة بقسميها هو اختيار المحال فسخ العقد فى مدة خيار الشرط لأنه يجوز له أن يشترط لنفسه هذا الخيار ويصح أن تكون مدته أكثر من ثلاثة أيام فاذا أجاز العقد أو مضت مدة الخيار لزمت الحوالة واذا فسخه انفسخت

والذى يوجب بطلان الحوالة المطلقة ثلاثة أسباب : اثنان منها متفق عليهما . وواحد مختلف فيه . واليك بيان كل :

(١) ـ أن يجحد المحال عليه الحوالة وليس للمحيل ولا للمحال بينة

(٢) ـ أن يموت المحال عليه مفلساً لا مال له وليس له كفيل بهذا الدين . وهذان هما المتفق عليهما

(٣) ـ أن يحكم الحاكم بافلاس المحال عليه على رأى الصاحبين . وقال الامام لا تبطل الحوالة بذلك لان المال غاد ورائح فمن أفلس الآن يجوز أن يغتنى فى المستقبل . كما لا تبطل اذا غاب المحال عليه من البلد ولو غيبة منقطعة وانما تبطل بثبوت موته ولا مال له ولا كفيل

والذى يوجب بطلان الحوالة المقيدة ثلاثة أسباب أيضا متفق عليها بين الامام وصاحبيه وهى :

(١) ـ سقوط الدين المقيدة به الحوالة عن المحال عليه بسبب سابق على عقد الحوالة كما اذا اشترى المحال عليه فرسا من المحيل بثلاثين جنيها فأحال البائع غريمه على المشترى بالثمن ثم استحق المبيع للغير بالبينة واسترده المستحق من المشترى فان الحوالة تبطل لظهور أن عقد البيع المترتب عليه ثبوت الثمن على المشترى والاحالة عليه به باطل شرعا بحكم الاستحقاق وكل ما ترتب على الباطل باطل فيكون الثمن ساقطاً أى غير واجب الأداء على المشترى قبل عقد الحوالة ويترتب على ما ذكر أن المحال عليه لا يلزمه أداء الدين للمحال بعد ظهور الاستحقاق . أما اذا كان قد أداه اه قبل ظهوره ففى المسألة رأيان للفقهاء . فبعضهم يقول بأنه يرجع على البائع خاصة لا على المحال . وبعضهم يقول له الخيار بين أن يرجع على البائع أو على المحال . وكلاالقولين صحيح فيرجح القاضى ما يرى فيه المصلحة

أما اذا كان سقوط الدين بسبب متأخر عن عقد الحوالة كما اذا أحال البائع غريمه بالثمن على المشترى فهلك المبيع قبل التسليم فان المبيع يبطل ويسقط الثمن عن المشترى ولكن الحوالة لا تبطل لتأخر سبب سقوط الدين عن عقد الحوالة ومتى أدى المحال عليه الدين للمحال رجع به على المحيل ان لم يكن مديناً بدين آخر

(٢) ـ هلاك الوديعة المقيدة بها الحوالة تحت يد الوديع بدون تعد فان كان الهلاك بتعد فلا تبطل الحوالة بل يضمن الوديع للمحال قيمتها

يوم هلاكها ان كانت قيمية أو مثلها ان كانت مثلية وكذلك لاتبطل بهلاك العين المقيدة بها الحوالة ان كانت مغصوبة بل يضمن الغاصب للمحال مثلها أو قيمتها

(٢) — استحقاق العين المقيدة بها الحوالة سواء كانت وديعة أو مغصوبة

ويترتب على بطلان الحوالة فى جميع الصور المتقدمة براءة المحال عليه من الدين الذى التزم بأدائه بمقتضى عقد الحوالة . وثبوت الحق للمحال فى الرجوع على المحيل واستيفاء دينه منه

وقال الامام الشافعى ان الحوالة لاتبطل بشىء مما ذكر ولا يرجع المحال على المحيل بحال من الأحوال اذا اشترط الرجوع عليه لما قدمناه من أن عقد الحوالة عنده يفيد التمليك لامجرد النقل والتحويل كما هو عند الامام الأعظم وأصحابه

(انقضاء الحوالة)

تنقضى الحوالة ويبرأ المحال عليه بأحد الأشياء الآتية :

أولا — بأداء الدين المحال به عليه

ثانيا — باحالة المحال عليه المحال على غيره حوالة صحيحة

ثالثا — بابراء المحال المحال عليه ولو لم يقبل هذا الابراء لأنه اسقاط للحق والساقط لايعود فى هذه الصورة لو كان المحال عليه غير مدين للمحيل فلا يرجع عليه بما أبرأه منه المحال وان كان مدينا سقط عنه الدين

رابعا – بهبة المحال الدين للمحال عليه وقبوله الهبة . ولكن فى هذه الصورة اذا كان المحال عليه غير مدين للمحيل كان له حق الرجوع عليه . والفرق بين الهبة والابراء أن الهبة تفيد تمليك الشيء الموهوب للموهوب له فيكون كأن المحال عليه أدى الدين للمحال ثم أخذه منه بالهبة ومن المقرر أن كل من أدى دينا عن غيره بأمره رجع به عليه

وأما الابراء فهو اسقاط للحق ولا يفيد التمليك ولذلك يصح بالدين المعلوم والمجهول بخلاف التمليك فانه لايصح الا بالمعلوم . وان كان المحال عليه مدينا للمحيل فى صورة الهبة سقط عنه الدين ولا يصح ابراء المحال المحيل من الدين ولا هبته له لانتقال الدين الى ذمة المحال عليه .

(السفتجة)

السفتجة كلمة معربة عن الفارسية وأصلها سفته ومعناها الشيء المحكم وقد جعلها الفقهاء علما على القرض الذى يسلم فى جهة أخرى غير جهة العقد فان اشترط ذلك فى العقد كان القرض فاسدا لأن المقرض قصد بهذا الشرط اسقاط خطر الطريق عن ماله وهو محرم شرعا لان كل قرض جر نفعا حرام اذ القرض يملك بمجرد قبضه على الرأى الراجح فاذا هلك بعد ذلك يهلك على المستقرض بخلاف ما اذا أعطى على سبيل الوديعة أو الاستئجار على نقله فانه اذا هلك فيهما بدون تعد يهلك على صاحبه وان لم يشترط فى العقد تسليم القرض فى جهة أخرى وسلمه فيها

لا يفسد العقد لإن اسقاط خطر الطريق غير ملحوظ فى هذا القرض

ومناسبة السفتجة للحوالة أن المقرض يحيل عامله أو من يكتب اليه على المستقرض ليأخذ منه مبلغ القرض

وأما ارسال النقود بطريق البريد أو بواسطة أجير لنقلها فهو جائز لانه اجارة على النقل وليس فى ذلك اسقاط خطر الطريق كما لا يخفى (١)

---

(١) – الحوالة قانونا

لم يعتبر القانون الحوالة عقداً مستقلا كبقية العقود المعينة بل اعتبرها نوعا من أنواع البيع فذكرها مع غيرها ضمن مباحثه بالمواد (من ٣٤٨ — ٣٥٥) تحت عنوان (الفصل السابع — فى الحوالة بالديون وبيع مجرد الحقوق بالنسبة لغير المتعاقدين) وذكرها شارح القانون تحت عنوان (الفصل السادس — فى بيع الدين والمزاعم . وفى التخارج (بالصحائف) من ٢٥٨ الى ٢٦٣) وقد اعترض الشارح على عنوان القانون وقال ان الغرض من هذا المبحث هو ماجاء بهذا العنوان واليك بيان كل بايجاز

(الحوالة . أو بيع الدين قانونا)

التعريف

بيع الدين هو نقله من دائن الى دائن ويسمى الحوالة . ففى هذا العقد ثلاثة اشخاص : الدائن وهو المحيل . والمدين وهو المحال عليه . والشخص الذى ينتقل الحق اليه وهو المحال

أركان الحوالة وشروطها . وما تجوز به من الديون

أركان الحوالة اثنان : ايجاب وقبول من المحيل والمحال . ويشترط لنقل ملكية الدين من الاول الى الثانى رضا المدين أى المحال عليه كتابة . فان لم توجد كتابة تدل على رضا المدين فلا تثبت الحوالة الا باقرار المدين أو بنكوله عن اليمين ولا يكون الحوالة حجة على الغير الا اذا كان تاريخ الكتابة المذكورة ثابتا بوجه رسمى ومن ذلك التاريخ فقط . ويعتبر الانسان راضياً مقدماً بالحوالة اذا اشترط فى السند أن يكون الوفاء لحامله وذلك خاص بالديون المدنية . أما الديون التجارية فيجوز تحويلها بغير رضا المدين ويحتج بها على الغير من دون أن تكون الاحالة ثابتة التاريخ رسميا (مادة ٣٤٩)

والديون التى تجوز الحوالة بها هى جميع الديون تقريبا سواء كان كل منها خاليا من الشرط أو مقيداً بشرط توقيفى أو شرط فاسخ أو مضافا الى الزمن المستقبل وسواء كان معجلا أو مؤجلا . أو موجودا أو متوقع الوجود كالاستحقاق فى الوقف قبل الحصول عليه أو خاليا من النزاع أو متنازعا فيه

ولا يستثنى الا الديون التي لا يجوز التنازل عنها بنص فى القانون وهى : النفقات بأنواعها . ومرتبات الموظفين فى الحكومة ومعاشاتهم . ومصاريف الانتقال والمكافآت عن مدة الخدمة . وأجور العملة للذين يعملون للحكومة أو احدى مصالحها

ما يترتب على الحوالة بالنسبة للعاقدين والمدين

يترتب على الحوالة مايأتى :

أولا — أن يحل المحال محل المحيل من الدين وتوابعه وكفالاته

ثانيا — أن يتحمل المحال جميع الدفوع التى كان للمدين أن يحتج بها على

المحيل حتى ما كان منها متعلقا بشخص المدين مثل كونه قاصرا أو مكرها أو مدلسا عليه أو نحو ذلك

ثالثا — أن المدين اذا قبل الحوالة يسقط حقه فى كل دفع كان له قبل الدائن لأن الحوالة تعتبر تجديدا للدين فلو كانت المدة قد انقضت لايجوز له الاحتجاج بها وهذا اذا لم يشترط المدين حفظ حقه فى الدفوع التى له لو لم تكن الحوالة قد وجدت

رابعا — أن يضمن المحيل الدين للمحال اذا كانت الحوالة بعوض والذى يضمنه هو ثمن الحوالة الذى دفعه المحال للمحيل والمصاريف فاذا كان ثمن الحوالة خمسمائة والدين ألفا فلا يضمن المحيل أكثر من خمسمائة . كما لا يضمن يسار المدين لا فى الحال ولا فى الاستقبال لأن المحال كان عليه أن يتحقق قبل العقد حالة المدين . أما اذا كانت الحوالة بغير عوض فلا يضمن المحيل الدين للمحال

خامسا — أن يضمن المحيل البطلان لأنه معدم للحق الناشىء عن العقد ويجوز للعاقدين أن يشترطا الضمان فيما لا يثبت فيه بغير اتفاق

(بيع المزاعم)

بيع المزاعم هو نقل الحق المتنازع فيه أمام القضاء أو الذى يتوقع النزاع فيه من شخص لآخر

ويقال للحق مزعوم اذا كان الخصام عليه معلقا أمام القضاء . وتسرى على بيع المزاعم قواعد الحوالة الا ما عدل كما يأتى :

(١) — عدم ضمان البائع وجود الحق المتنازع فيه ولا نجاح الدعوى لأن التعاقد واقع على الخصومة لا على الحق والخصومة قد تنجح وقد لا تنجح

(٢) — يجوز المدعى عليه أن يتخلص من الدعوى ومن الحق الذى هو موضوع النزاع بدفع الثمن الحقيقى الذى دفعه المشترى وفوائده

والمصاريف ولو كان الثمن الذى دفعه المشترى بخسا حتى لو كانت الخصومة قائمة على حق قيمته ألف جنيه وباعها المدعى بمائة جاز للمدعى عليه أن يدفع المائة وفوائدها ومصاريفها للمشترى ويتخلص بذلك من الخصومة ومن الحق المقامة بسببه الدعوى . ولا حق للمشترى فى عدم القبول ولا فى طلب أى تعويض زيادة عما ذكر. وهذا اذا كان المحال عليه لم يرض بالبيع أما اذا رضى به فلا يكون له الحق فى التخلص من الدعوى بما قام على المشترى لما فى رضاه من قبول الخصام على ما تقرر بين البائع والمشترى ولكن لا يصح التخلص من الدعوى فى ثلاثة أحوال

الاولى — اذا كان البيع حاصلا لاحد الشركاء فى الحق المتنازع فيه سواء كانت الشركة فى تركة أو لا

الثانية — اذا كان البيع حاصلا من المدين لدائنه وفاء للدين . كما اذا أقام أحمد الدعوى بألف قرش على محمود وكان مدينا لمحمد بخمسمائة قرش فباع الدعوى لدائنه محمد بالخمسمائة تخلصاً من دينه فلا يكون لمحمود الحق فى التخلص من الدعوى بدفع الثمن المذكور

الثالثة — اذا كان الغرض من العقد منع حصول دعوى . كما اذا اشترى زيد عقارا مرهونا لبكر فى دين على خالد والمرتهن يباشر التنفيذ ويستبقى العقار فى يده . ولكن ابراهيم ينازع زيدا على الملك . فاشترى زيد الرهن ليدفع التنفيذ ويستبقى العقار فى يده فحينئذ لا يكون لابراهيم أن يأخذ صفقة الرهن اذ لا أفضلية له على زيد ولهذا حق الأسبقية

(التخارج)

التخارج بيع الوارث نصيبه فى الشركة جزافاً

ويشترط لصحته موت الوارث قبله . ويشتمل البيع ديون التركة التي لها

كتاب الوكالة

جاء هذا الكتاب معترضا بين بعض العقود التى لا تقوم الا بالتبعية لغيرها والبعض الآخر ولكنه لم يذكر عبثا بل لمناسبة بينه وبين الكفالة والحوالة وهى أن كلا من الكفيل والمحال عليه والوكيل ساع فى تحصيل مراد غيره

والكلام على الوكالة ينحصر فى تعريفها . وأركانها . وأصل مشروعيتها وحكمة المشروعية . وصفتها . وشروطها . وأقسامها . وتعدد الوكلاء . وأحكام الوكالة . ومبحث الوكيل بالشراء . ومبحث الوكيل بالبيع ومبحث الوكيل بالخصومة . ومن يقع العقد له ومن ترجع اليه حقوقه وانقضاء الوكالة . واليك بيان كل

= وعليها وماقبض من فوائد أو مصاريف ومادفع من ذلك من يوم وفاة المورث وبالجملة يحل المشترى محل البائع فى نصيبه من حيث الذمة أى أن يكون دائنا ومدينا دون الحقوق الشخصية . فان بيع مال من التركة قبل بيع النصيب فلمشتريه نصيبه فى الثمن يأخذه ممن قبضه . واذا كان للتركة ديون قبل الغير فلا يلزم رضاه خلافا للحوالة لأن البيع هنا ليس حاصلا فى الدين بخصوصه بل فى جزاف يشمل الديون وغيرها

ويضمن البائع للمشترى : (١) وجود التركة من غير بيان مشتملاتها (٢) كونه وارثا . فان لم تكن تركة أو لم يكن وارثا فلا يضمن الا بالثمن والفوائد القانونية والمصاريف . وتلك قاعدة عامة فى بيع الحقوق لأنه مضاربة لا ينظر اليها الشارع بعين الرضا التام

(تعريف الوكالة)

الوكالة فى اللغة تطلق ويراد بها الحفظ قال تعالى (لا إله إلا هو فاتخذه وكيلا) أى حفيظا . وتذكر ويراد بها الاعتماد وتفويض الامر قال تعالى (وعلى الله فليتوكل المتوكلون) وقال جل وعلا حكاية عن سيدنا هود عليه السلام (إنى توكلت على الله ربى وربكم)

ومعناها فى الشرع . اقامة الانسان غيره مقام نفسه فى تصرف جائز معلوم يملكه

فالمتصرف فى مال الغير بدون أن يقيمه المالك عنه لا يكون وكيلا بل فضوليا : واذا أقامه فى تصرف غير جائز كايذاء شخص كان التوكيل غير صحيح . وكذا اذا كان التصرف جائزا ولكنه مجهول أو كان الموكل لا يملك ما وكل عنه غيره فيه كتوكيل الصبى الذى لا يعقل والمجنون غيرهما فى مباشرة أى تصرف وكتوكيل الصبى المميز مطلقا غيره فى التصرفات والعقود الضارة به ضررا محضا والصبى المحجور عليه فى الدائرة بين النفع والضرر لأنه لا يملك التصرف فى شئ من ذلك . أما توكيل الصبى المحجور عليه غيره فى التصرفات النافعة له نفعا محضا وتوكيل المأذون له فى الدائرة بين النفع والضرر فيقع صحيحا لأن الصبى يملك هذه التصرفات فيملك أن يوكل غيره فيها . وتوكيل تام الاهلية صحيح وكذا قبوله الوكالة عن غيره

(أركان الوكالة)

أركان الوكالة اثنان وهما : الايجاب والقبول وليس لها ألفاظ مخصوصة بل كل لفظين يدلان على اقامة شخص غيره مقامه فى التصرف يصلحان ايجابا وقبولا كأن يقول الموكل للوكيل : وكلتك بكذا . أو أذنت لك أن تفعل كذا . أو نحو ذلك . فيقول الوكيل قبلت وما يجرى مجراه فاذا لم يوجد كل من الايجاب والقبول لايتم العقد

(أصل مشروعية الوكالة وحكمة مشروعيتها)

الوكالة مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع

فالكتاب قوله تعالى (فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة) وقوله جل شأنه (فابعثوا حكما من أهله . وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما) الضمائر فى هذه الآية تعود الى الزوجين

والسنة ماروى من أنه صلى الله عليه وسلم وكَّلَ حكيم بن حزام فى شراء ضحية . وما روى من أنه عليه الصلاة والسلام وكّلَ عمرو بن أمية الضمرى فى عقد زواجه بأم حبيبة

والاجماع مانراه من توكيل المسلمين بعضهم بعضا فى قضاء مصالحهم من الصدر الاول الى الآن بدون نكير

وحكمة مشروعية الوكالة مساس الحاجة اليها لانه لايقدر كل انسان على مباشرة أعماله كلها أو بعضها بنفسه فاحتيج الى اقامة من يباشرها له وفيها معنى التعاون الذى حث الله ورسوله عليه كثيراً

(صفة الوكالة)

صفة الوكالة أنها عقد غير لازم من الجانبين أى أنه يجوز لكل من المتعاقدين فسخه بدون رضا الآخر ولو لم يعمل الوكيل ما هو موكل بعمله الا اذا تعلق بالتوكيل حق الغير كالتوكيل ببيع المرهون لأداء الدين من ثمنه فى غيبة الموكل

هذا اذا كان التوكيل بغير أجر كما هو الاصل فى الوكالة فان كانت بأجر كان الوكيل أجيرا وسرت عليه أحكامه سواء كان أجيراً خاصا أو مشتركا

(شروط الوكالة)

شروط الوكالة أنواع : منها مايرجع الى الموكل . ومنها مايرجع الى الوكيل . ومنها مايرجع الى الموكل به

فالذى يرجع الى الموكل شرط واحد وهو أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه . ويترتب على ذلك أنه لايصح التوكيل من المجنون والصبى الذى لايعقل لانعدام الاهلية ولا من الصبى المميز فى التصرفات الضارة به ضرراً محضا كالطلاق والهبة والصدقة . ويصح نافذا فى التصرفات النافعة له نفعا محضاً كالتوكيل بقبول الهبة والصدقة والوصية ويصح موقوفا على الاجازة فى التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ان كان محجورا عليه والا كان التوكيل نافذاً

والذى يرجع الى الوكيل شرطان .

(١) — أن يكون عاقلا ولا يشترط بلوغه فيصح توكيل الصبى المميز ولكن حقوق العقد لا ترجع اليه بل ترجع الى الموكل

(٢) — علم الوكيل أو من يتعاقد معه بالتوكيل فاذا لم يعلم به واحد منهما كان العقد موقوفاً على الاجازة أما علم الوكيل شخصياً فقد اختلف فيه فقيل يشترط وقيل لا يشترط

ويترتب على هذا الخلاف أنه لو وكل زيد بكراً وهو غائب فى بيع داره بحضور خالد فاشتراه خالد من بكر دون أن يعلمه بأن زيداً وكله ببيعها فعلى القول الأول يقع العقد نافذاً وعلى الثانى يقع موقوفاً على الاجازة لعدم صحة التوكيل

وطريق العلم بالوكالة قد يكون بسماع الوكيل بنفسه من الموكل. وقد يكون بواسطة خطاب أو رسول منه . أو باخبار رجلين أو رجل وامرأتين . أو رجل واحد عدل . أو واحد غير عدل وصدقه الوكيل فانه فى جميع هذه الاحوال يكون وكيلا باتفاق أما اذا أخبره غير عدل ولم يصدقه فقال الامام لا يكون وكيلا وقال الصاحبان يكون وكيلا . والأول هو الظاهر . ومثل ذلك يقال فى طريق العلم بعزل الموكل للوكيل الآتى فى آخر هذا الكتاب

والذى يرجع الى الموكل به فهو يرجع الى ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز . ومجمع القول فى ذلك أن التوكيل لايخلوا إما أن يكون بحقوق الله عز وجل وهى الحدود . واما أن يكون بحقوق العباد . والتوكيل بحقوق الله نوعان : أحدهما بالاثبات . والثانى بالاستيفاء

فالتوكيل بالاثبات ان كان فى حد لايحتاج فيه الى الخصومة

كحد الزنا وشرب الخمر لايصح لأنه يثبت عند القاضي بالبينة أو الاقرار من غير خصومة . وان كان مما يحتاج فيه الى خصومة كاثبات القصاص وكحد السرقة وحد القذف فيجوز التوكيل فيه عند الامام . وعند أبي يوسف لايجوز ولا تقبل البينة فيهما الا من الموكل

والتوكيل باستيفاء الحدود جائز ماعدا استيفاء القصاص في النفس وما دونها حال غيبة الموكل لاحتمال أن يعفو عن الجاني فان كان الموكل حاضراً الاستيفاء صح التوكيل

والتوكيل بحقوق العباد الخالصة جائز . فيجوز للانسان أن يوكل عنه غيره بايفاء ما عليه من الديون وباستيفاء ماله منها وبالبيع والشراء والاجارة والاستئجار والهبة والايهاب والوصية والايصاء والخصومة والصلح ويقبض رأس مال السلم وبدل الصرف في مجلس العقد فقط . ويطلب الشفعة وبالرد بالعيب وبالقسمة وبالزواج والخلع والصلح والاعارة والاستعارة والايداع والاستيداع والرهن والارتهان والشركة والمضاربة والاقراض ولا يجوز بالاستقراض على رأى الامام ومحمد الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فان استقرض بالتوكيل صح القرض له لا للموكل . وقال أبو يوسف يصح التوكيل به ويقع القرض للموكل

(أقسام الوكالة)

تنقسم الوكالة باعتبار صيغتها الى مطلقة ومقيدة بشرط ومعلقة على شرط ومضافة الى الزمن المستقبل وكل هذه الاقسام صحيحة

وتنقسم باعتبار ما تتعلق به من التصرفات الى عامة . وخاصة :

فالعامة هي التي لاتشتمل على بيان عمل معين بذاته بل يقتصر فيها على ذكر انابة الموكل الوكيل في أعماله . كأن يقول الموكل للوكيل أنت وكيلي في كل شيء . أو في كل مالي وعليَّ من الحقوق والتصرفات أو فوضت اليك الامر فيما يتعلق بادارة شؤون أموالي . وفي هذه الحالة يجوز للوكيل أن يباشر جميع أعمال الموكل بنفسه ويجوز له أن يوكل عنه غيره في مباشرتها . ويعتبر الوكيل الثاني وكيلا عن الموكل فلا ينعزل بعزل الوكيل الاول ولا بموته

والخاصة هي التي يكون موضوعها عملا معينا أو أعمالا معينة كأن يقول وكلتك باجارة أرضي أو بيع فرسي . وفي هذه الحالة لا يتصرف الا فيما وكل به ولا يجوز له أن يوكل عنه غيره فيه . ويدخل في عقد الوكالة بقسميها كل مايستلزمه العمل به وسيأتي بيان ذلك في مبحث من ترجع اليه حقوق العقد

(تعدد الوكلاء)

اذا تعدد الوكلاء بأن وكل شخص شخصين أو أكثر عنه في عمل أو عدة أعمال فلا يخلو الحال من أحد أمرين : الاول أن تكون الوكالة بعقد واحد . الثاني تكون بعقود متفرقة

فان كان الاول ولم يصرح في العقد بعمل كل واحد منهما وجب اتفاقهما على العمل ولا يجوز لواحد منهما الانفراد بعمل وتصرف الا اذا كان لايحتاج في عمله الى الرأي وذلك كتسليم الهبة . ورد الوديعة وأداء الدين. والطلاق على غير مال . وأما الخصومة فقال الامام وصاحباه

يصح الانفراد بها . وقال زفر لايصح وهو وجيه . والاول هو المعتمد وان كان الثانى بأن وكلهما بعقود متفرقة جاز لكل واحد منهما الانفراد بالتصرف

(مقابل الوكالة)

الاصل فى الوكالة أن تكون بغير أجر وقد تكون بأجر فان نص فى العقد على أجرة للوكيل اعتبر أجيرا وسرت عليه أحكام الاجير وان لم ينص عليها فان كان ممن صناعته العمل لغيره كالدلال والمحامى فله أجر المثل للعرف . وان كان من غير هؤلاء فلا أجر له

(أحكام الوكالة)

حكم العقد هو أثره المترتب عليه . وحكم الوكالة هو ثبوت ولاية التصرف الذى تناوله التوكيل . ويتناول هذا المبحث الكلام على الوكيل بالشراء . والبيع والخصومة . والصلح . وما يندرج تحته من التوكيل بالقبض . ومن يقع له العقد . ومن ترجع اليه حقوقه . لان ثبوت ولاية التصرف يستلزم بيان مايملكه الوكيل منه بموجب التوكيل وما لا يملكه واليك بيان كل

(مبحث الوكيل بالشراء)

الوكيل بالشراء يجب أن يكون عالما بما وكل بشرائه ليمكن تنفيذ رغبة موكله بقدر الامكان . والعلم بالشىء الموكل به يستفاد منه

عبارة الموكل حسب التفصيل الآتى وبيانه : أن التوكيل بالشراء اما أن يكون عاما أو خاصا .

فان كان التوكيل عاما بأن قال الموكل للوكيل اشتر لى كل مايلزمنى صحت الوكالة للعلم بها وكل به فى الجملة لان كل ما يشتريه للموكل يكون ممتثلا فى شرائه لأمره ولا يقع الشراء للموكل الا اذا نواه الوكيل له لأنه كما يملك الشراء للموكل بمقتضى التوكيل يملك الشراء لنفسه أصالة والشيء اذا حصل يحمل على الاصل ولا يحمل على غيره الا بالنية.

ويترتب على ذلك أن الوكيل اذا اشترى شيئا وقال اشتريته لنفسي فصدقه الموكل كان الشراء للوكيل . ولو قال الموكل اشتريته لى وصدقه الوكيل كان للموكل وان اختلفا فقال الوكيل اشتريته لنفسى وقال الموكل بل اشتريته لى، يُحكَّمُ فيه الثمن فان كان الوكيل أدّاه من مال نفسه فالشراء له . وان أداه من مال موكله فالشراء للموكل لأن الظاهر نقد الثمن من مال من يشترى له . واذا قال المشترى لم أنو شيئا وقت الشراء وصدقه الموكل فقال أبو يوسف يُحكَّمُ الثمن أيضا . وقال محمد يقع الشراء للوكيل وقول أبى يوسف هو الظاهر

وان كان التوكيل خاصا بشراء شىء فاما أن يكون هذا الشيء معينا . واما أن يكون غير معين . وعلى كل فاما أن يكون مقيداً بشروط أو مطلقا من القيود

فان كان التوكيل بشيء معين كأن قال الموكل للوكيل اشتر لى هذا البستان صح التوكيل سواء سمى له ثمناً أو لا . ويجوز له شراؤه بمثل القيمة وبالغبن اليسير لا الفاحش . ولا يجوز له أن يشتريه لنفسه فى

غيبة موكله حتى لايكون قبوله للتوكيل تغريراً بالموكل ليحصل على ماوكل فيه ولان فى شرائه لنفسه مخالفة توجب العزل وهو لايملك عزل نفسه فى غيبة الموكل. ولكن اذا عين له الموكل ثمنا فاشتراه بأكثر منه نفذ الشراء له . وان كان التوكيل بشراء شىء غير معين كأن يقول الموكل للوكيل اشتر لى شاة أو دارا أو دابة فلهذا التوكيل يختلف باختلاف جهالة مايشتريه الوكيل : فان كانت الجهالة يسيرة كما فى المثال الاول صح التوكيل واشترى من هذا النوع مايناسبه عادة بدليل ماورد من أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل حكيم بن حزام فى شراء أضحية ولان مثل هذه الجهالة تغتفر فى الوكالة لبنائها على التوسع . بخلاف البيع فانها لاتغتفر فيه لبنائه على المشاحة والممارسة . وأن كانت الجهالة متوسطة كما فى المثال الثانى فلا يصح التوكيل الا اذا وصف الدار بأوصاف تعلم بها ولو على وجه التقريب حتى تصير الجهالة الباقية يسيرة وان كانت الجهالة فاحشة كما فى المثال الثالث فلا يصح التوكيل مطلقا ولو عين الموكل الثمن للوكيل لاختلاف أنواع الدواب اختلافا بينا لايتيسر معه للوكيل تنفيذ رغبة الموكل

وان كان التوكيل مقيداً بشروط وجب مراعاة تلك الشروط اتفاقا سواء كانت راجعة الى مايشترى أو الى الثمن فان خالف فيما يشترى بأن قال له الموكل اشتر لى حصان زيد فاشترى له حصان بكر أو قال له اشتر لى حصان عربة فاشترى حصان سباق أو ماشابه ذلك وقع الشراء للوكيل لانعزاله بالمخالفة وان خالف فى الثمن بأن اشترى بأكثر مما عينه الموكل وقع الشراء له أيضا لأنها مخالفة الى شر. أما اذا

اشترى بأقل نفذ الشراء على الموكل فى الأحوال الثلاث الآتية لأن المخالفة فيها لصالح الموكل وهى .

أولا — أن يكون الوكيل اشترى الشىء الذى عينه له الموكل

ثانيا — أن يكون مااشتراه متصفا بالصفات التى عينها الموكل

ثالثا — أن تكون قيمة ما اشتراه مساوية لما اشترى به

وفى غير هذه الاحوال الثلاث ينفذ العقد على الوكيل لا على الموكل

وان كان التوكيل مطلقا أى لم يقيد فيه الوكيل بشروط فانه يراعى فيه الاطلاق ما أمكن الا اذا قام دليل على التقييد من عرف أو غيره فيتقيد به . ويترتب على ذلك أنه لو وكله بشراء طعام انصرف التوكيل الى شراء القمح والدقيق عرفاً لا الى الفاكهة واللحم والشحم والخبز الا اذا كان الثمن قليلا فانه ينصرف الى الخبز . ولو وكله بشراء سمك انصرف الى الطرى الكبير لا المالح ولا الصغير . ولو وكله بشراء بيض انصرف الى بيض الدجاج وهكذا : والمدار فى كل ذلك على العرف والعادة

ولايجوز للوكيل بالشراء أن يشترى لموكله شيئا من مال نفسه ولا من مال ولده الصغير ولو أمره الموكل بذلك حتى لايتولى طرفى العقد وهو لايجوز له تولى طرفيه هنا وحتى لايكون مطالبا ومطالبا فى آن واحد . وأما الشراء ممن لاتقبل شهادتهم له اذا كانوا كبارا كأصوله وفروعه وزوجته فقال الامام لايصح للتهمة الا اذا أمره الموكل بالشراء منهم لانتفائها بالامر . وقال الصاحبان يصح بمثل القيمة وبالغبن اليسير

بدون أمر لان هؤلاء والاجانب سواء من جهة أن كل واحد مستقل في ملكه عن الآخر

ويجوز للوكيل حبس ما اشتراه عن تسليمه لموكله حتى يقبض ثمنه منه وفى هذه الحالة اذا هلك يهلك على الوكيل . أما اذا لم يحبسه وهلك أثناء الذهاب به الى الموكل فانه يهلك على الموكل والفرق بين الصورتين أنه فى الأولى قام مقام البائع فخرج عن كونه وكيلا من وقت الحبس . وفى الثانيه قائم مقام الموكل فيكون ما اشتراه فى يده كالوديعة فى جميع أحكامها

ومتى سلم الوكيل مااشتراه لموكله فلا يملك رده على البائع بخيار رؤية أو عيب بدون رضا الموكل . أما قبل تسليمه فانه يملك ذلك لأنه ترجع اليه حينئذ حقوق العقد

(مبحث الوكيل بالبيع)

الوكيل بالبيع اما أن يكون مقيدا بشروط من الموكل أو غير مقيد بشيء

فان كان مقيدا بشروط وجب عليه مراعاة تلك الشروط اتفاقا فان خالفها لا ينفذ العقد على الموكل بل يكون موقوفا على الاجازة فان أجازه نفذ والا بطل الا اذا كانت المخالفة الى خير فانه ينفذ على الموكل

ويترتب على ذلك أنه لو قال له بع هذا الحصان بمائة جنيه حالة فباعه بثمانين جنيها أو بمائة مؤجلة كان البيع موقوفا على اجازة الموكل واذا باعه بمائة وعشرين حالة نفذ على الموكل لأنه خالف الى خير واذا

قال له بعه بمائة جنيه مؤجلة الى سنة فباعه بمائة أو أكثر مؤجلة الى أكثر من سنة كان البيع موقوفاً أيضا . وان باعه بمائة أو أكثر حالة أو مؤجلة الى أقل من سنة نفذ على الموكل لأنه خالف الى خير والمخالفة الخيرية انما هى مخالفة صورية والحقيقة أن الوكيل فعل ماهو موكل به وزاد عليه شيئا فى مصلحة موكله . ومثل ذلك ما اذا كلفه باشتراط الخيار له أو لموكله أو بأخذ رهن بالثمن المؤجل فان لم يقم بفعل ما كلف به قياماً تاماً كان العقد موقوفاً على الاجازة . وقس على هذا غيره . والفرق بين الوكيل بالشراء وبين الوكيل بالبيع من جهة أن الأول اذا خالف ينفذ العقد عليه . وأن الثانى اذا خالف يتوقف العقد على الاجازة لأن الوكيل بالشراء متهم اذ هو يملك الشراء لنفسه فيمكن تنفيذه عليه حتى لا يستطيع التخلص من كل ما يشتريه لنفسه ولا يرضى به بدعوى أنه اشتراه للموكل . أما البيع فانه لاتهمة فيه على الوكيل

وان كان الوكيل غير مقيد بشروط بل جاء عقد الوكالة مطلقا من كل قيد فقال الامام أبو حنيفة رضى الله عنه يراعى الاطلاق فيملك البيع بالقليل والكثير . وقال الصاحبان لا يملك البيع الا بثمن المثل وبالغبن اليسير لا الفاحش . واستدل الصاحبان بأن مطلق البيع ينصرف الى المتعارف منه والبيع بغبن فاحش غير متعارف فلا ينصرف اليه التوكيل . وأجاب الامام عن ذلك بأن المطلق ويحمل على اطلاقه ولا يقيد الا بدليل . والعرف متعارض فى مسائل البيع اذ الغبن الفاحش فى البيع متعارف اذا كان الغرض التوصل بثمنه الى شراء ما هو أربح . ولا يجوز تقييد المطلق مع المتعارض

وكذلك قال الامام أن الوكيل يملك البيع الصحيح والفاسد بالأثمان المطلقة وهي النقود المضروبة من الذهب والفضة وبغيرها . وبالنقد والنسيئة . وقال الصاحبان لا يملك الا البيع الصحيح وبالأثمان المطلقة وبالنقد . أما بيع بعض المبيع فقد اتفقوا على أنه اذا لم يكن في التبعيض ضرر كالمكيل والموزون وغيرهما مما لا يضره التبعيض يصح البيع في البعض وان كان في التبعيض ضرر كبيعه نصف الدار الموكل ببيعها كلها فلا يصح الا باجازة المالك أو ببيع النصف الآخر

ولا يملك الوكيل بالبيع أن يبيع الشيء الموكل ببيعه لنفسه ولا لأولاده الصغار باتفاق ولو أمره الموكل بذلك لأنه ترجع اليه حقوق العقد فيكون مطالِباً ومطالَباً في آن واحد وهو لا يجوز وكذلك يكون قد تولى طرفي العقد وهذه المسألة ليست من المسائل التي يباح فيها تولي طرفي العقد من شخص واحد . أما البيع للكبار ممن لا تقبل شهادتهم له ففيه خلاف بين الامام وصاحبيه . فالامام يقول لا يصح الا اذا أمره الموكل بذلك . والصاحبان يقولان أنه يصح . ودليل كل مذكور في مبحث الوكيل بالشراء

وولاية الموكل لا تنقطع بالتوكيل عن الشيء الموكل ببيعه بل يبقى له حق التصرف فيه . ويترتب على ذلك أنه لو باع كل من الوكيل والموكل الشيء الموكل ببيعه ينظر : فان صدر البيع منهما في وقت واحد أو في وقتين ولم يعلم السابق منهما صح البيع من كل منهما وصار المبيع مشتركا بين المشترين ويكون كل منهما مخيراً بين الأخذ والترك لتفرق

الصفقة عليه . واذا أخذ واحد منهما يأخذ بنصف الثمن الذى اشترى به بقطع النظر عما اشترى به الآخر سواء كان أكثر منه أو أقل

وان كان العقدان فى وقتين مختلفين وعلم السابق منهما صح الأول وبطل الثانى

(مبحث الوكيل بالخصومة)

يصح التوكيل بالخصومة فى اثبات الديون والأعيان وسائر حقوق العباد سواء كان الموكل هو المدعى أو المدعى عليه

وقد اختلف فى اشتراط رضا الخصم بهذا التوكيل وعدم اشتراطه : فقال الصاحبان والأئمة الثلاثة لا يشترط رضاه سواء كان الموكل رجلا أو امرأة وسواء كان كل منهما معذوراً أم غير معذور . وقال الامام أبو حنيفة يشترط رضا الخصم بهذا التوكيل الا اذا كان الموكل معذوراً لا يستطيع المخاصمة بنفسه بأن كان مريضا أو مسافرا أو غير قادر على الافصاح والبيان أو سيدة من المخدرات وكذلك يصح بدون رضاه اذا حضر الموكل مع الوكيل فى مجلس القضاء بحيث يتيسر استجوابه عند اللزوم

واستدل الصاحبان والأئمة الثلاثة بأن المخاصمة حق خالص للموكل فله أن يتولاه بنفسه وله أن يوكل عنه غيره فيه . واستدل الامام بأن الجواب مستحق على الخصم دون سواه والناس متفاوتون فى الخصومة فيتضرر الخصم بالتوكيل فيلزم رضاه

واذا كان التوكيل بخصومة خاصة فليس للوكيل أن يتعداها الى غيرها الا اذا كان ما يتعدى اليه من متممات هذه الخصومة ومستلزماتها

لأن القاعدة أن من ملك شيئا ملك ماهو من مستلزماته ويترتب على ذلك ما يأتى

أولا — أن الوكيل بالخصومة يملك الاقرار على موكله فى الجملة عند الامام وصاحبيه

وقال زفر والامام الشافعى لا يملكه لأن الاقرار مسالمة فلا يتناوله التوكيل بالخصومة . واستدل الامام وصاحباه بأن الوكيل بالخصومة وكيل بالجواب وكما يكون انكاراً يكون اقراراً . ومع اتفاق الامام وصاحبيه على صحة الاقرار من الوكيل قد اختلفوا فى المجلس الذى يصح فيه . فقال الامام ومحمد لا يصح الاقرار الا فى مجلس القاضى . وقال أبو يوسف يصح فيه وفى غيره

ثانياً — أن الوكيل بالخصومة فى مال اذا قضى القاضى به يملك قبضه عند الامام وصاحبيه . وقال زفر لا يملك قبضه وهو المفتى به لأن من يؤتمن على الخصومة يجوز ألا يؤتمن على المال ودليل الامام وصاحبيه ان تمام الخصومة لا يكون الا بالقبض فيملكه الوكيل

ثالثا — أن الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة عند الصاحبين لأنه قد لا يحسن التقاضى وهو الأصح وقال الامام يملكها لأن القبض قد يستلزم الخصومة اذا لم يدفع الخصم ومن ملك شيئا ملك ماهو من مستلزماته . وقد اتفقوا على أن الوكيل بقبض العين لا يملك الخصومة اذا أنكرها من هى فى يده لأن العين متعينة بخلاف الدين فانه غير متعين . وليس للوكيل بقبض الدين أن يأخذ عوضا عنه عيناً من الأعيان

رابعا — أن الوكيل بالخصومة لا يملك الصلح . والوكيل بالصلح

لا يملك الخصومة لأنهما متغايران اذ الصلح مسالمة لامخاصمة. واذا ثبت الحق على الموكل وحكم به القاضى فى وجه الوكيل لزم الموكل لا الوكيل

خامسا ـ أنه يجوز التوكيل باستحلاف الخصم أى طلب اليمين منه عند الانكار لا فى الحلف عن الموكل

(من يقع العقد له ومن ترجع اليه حقوقه)

الأصل أن العقد الذى يباشره الوكيل يقع للموكل . وحقوقه ترجع الى العاقد ولكن ذلك ليس على اطلاقه بل فيه تفصيل وبيانه :

أن الوكيل إما أن يكون وكيلا فى عقود تبرعات . أو فى عقود معاوضات . أو فى عقود تجب اضافتها الى الموكل

فان كان وكيلا بمباشرة عقد من عقود التبرعات وما فى حكمها كالهبة والوصية والصدقة والقرض والعارية والوديعة والرهن والشركة والمضاربة ينظر : فان كان وكيلا عمن يريد التمليك والاعطاء يقع العقد للموكل وتتعلق به حقوقه سواء أضاف الوكيل العقد الى نفسه أم الى موكله فاذا فعل ما وكل به وأعطى الشئ لمن تعاقد معه فلا يملك المطالبة برد شئ منه

وان كان وكيلا من قبل مريد التملك والأخذ ينظر : فان أضاف العقد الى نفسه وأضافه المعطى اليه يقع العقد له وتتعلق به حقوقه . وان أضافه كل منهما الى موكله رجع العقد وحقوقه الى الموكل . وان اختلفا فأضافه الوكيل الى نفسه وأضافه المعطى الى موكله بطل العقد لمخالفة القبول للايجاب

وان كان وكيلا بمباشرة عقد من عقود المعاوضات وهى التى يكتفى فى وقوعها للموكل باضافتها الى نفس الوكيل . وذلك كالبيع والشراء والاجارة والاستئجار والصلح عن اقرار وقع العقد للموكل مطلقاً سواء أضاف الوكيل العقد الى نفسه أو أضافه الى موكله . ثم أن حقوق العقد ترجع الى من أضيف اليه العقد فان أضيف الى الموكل رجعت الحقوق اليه . وأن أضيف الى الوكيل رجعت اليه فيسلم المبيع ويتسلم الثمن ويطالب به ولكن لو أعطاه المشترى للموكل صح وليس للوكيل المطالبة به بعد ذلك . واذا استحق المبيع فللمشترى الرجوع على الوكيل بالثمن الذى أعطاه له ولو كان الموكل قد قبضه وللوكيل مطالبة موكله به فان كان المشترى قد دفعه الى الموكل مباشرة رجع به عليه وان رد المشترى المبيع بخيار رؤية أو عيب رجع على الوكيل بالثمن ان كان قد أعطاه له فان كان قد أعطاه للموكل رجع به عليه

هذا كله اذا كان الوكيل مأجوراً على أداء ما هو موكل به فان كان متبرعاً فلا يجب عليه شىء من ذلك الا اذا ترتب على عدم قيامه به ضرر للغير فيلزم بالقيام به ويأخذ على اتمامه أجر المثل ومحل تعلق الحقوق بالوكيل فيما ذكر انما هو اذا كان أهلا لتعلقها به فان لم يكن أهلا لذلك بأن كان صبياً محجوراً عليه عادت كل الحقوق الى الموكل ولا يكون للعاقد معه حق فسخ العقد ولو لم يعلم بأنه وكيل . وقال أبو يوسف له الحق فى فسخه وهو وجيه

واذا مات الوكيل تنتقل الحقوق الى ورثته فان لم يكن له ورثة رجعت الى الموكل

وفى جميع الصور التى ترجع فيها حقوق العقد الى الوكيل يعتبر المالك كأنه أجنبي فلا يكون له ولا عليه شيء مما يترتب على العقد

وان كان وكيلا فى عقد من العقود التى يلزم اضافتها الى الموكل كالزواج والطلاق على مال والخلع كذلك والصلح عن دم العمد وقع العقد للموكل وتعلقت به جميع حقوقه فلا يكون للوكيل ولا عليه شيء مما يترتب على هذه العقود

(انقضاء الوكالة)

تنقضى الوكالة بأحد الأسباب الآتية :

(١) — اتمام الوكيل العمل الموكل بأدائه

(٢) — عزل الموكل الوكيل لانها عقد غير لازم اذا كانت بغير عوض فان كانت بعوض فلا تنقضى بعزله كما سبق فى الأجير ويشترط فى انعزال الوكيل بالعزل شرطان : أحدهما أن يعلم الوكيل بالعزل بأى طريق من طرق العلم وقيل لا ينعزل فى حالة ما اذا أخبره غير عدل ولم يصدقه . الثانى ألا يتعلق بالتوكيل حق الغير فان تعلق به فلا يصح العزل الا برضا من تعلق حقه به كما اذا وكل شخص غيره ببيع الرهن وتسديد الدين من ثمنه ثم غاب الموكل فان الوكيل لا ينعزل الا بأداء ما وكل به أو برضا المرتهن

(٣) — أن يعزل الوكيل نفسه الا اذا كان مأجوراً ولم يتعلق بالوكالة حق الغير لما سبق

(٤) — موت الموكل ولا يشترط علم الوكيل بالموت

(٥) — موت الوكيل

(٦) — خروج الموكل أو الوكيل عن أهلية التصرف بأن جن أحدهما جنونا مطبقاً أو عجز عن مباشرة العمل أو حجر عليه بعد التوكيل. أما بالنسبة للوكيل فلعدم قدرته على مباشرة العمل. وأما بالنسبة للموكل فلأنه بما ذكر بطلت أهليته للتصرف فى المال فيبطل منه الامر والتوكيل

(٧) — أن يباشر الموكل التصرف فيما وكل به قبل أن يتصرف فيه الوكيل. ويشترط فى انقضاء الوكالة بذلك علم الوكيل بهذا التصرف. واذا رد المشترى المبيع بخيار رؤية أو خيار عيب مثلا عادت الوكالة تبعاً على رأى محمد ولا تعود على رأى أبى يوسف

(٨) — أن يهلك الشىء الموكل بعمله لأن التصرف بعد الهلاك لا يتصور

الوكالة قانونا

الوكالة ويقال لها التوكيل مبينة أحكامها فى القانون بالمواد (من ٥١٢ الى ٥٣١) وفى شرح القانون من صفحة ٢٩٢ الى صفحة ٣٠٠)

ومباحثها العامة تنحصر فى تعريفها. وأركانها. وتعدد الوكلاء. وأنواع الوكالة. وأحكامها. وانقضائها

(تعريف الوكالة وأركانها)

الوكالة عقد يأذن به أحد المتعاقدين الآخر بعمل شىء باسمه وعلى ذمته وأركانها اثنان وهما الايجاب والقبول وليس لهما ألفاظ مخصوصة بل كل مادل

على الاذن الآخر بعمل يعتبر ايجابا وقبولا . والقبول اما صريح وهو ما كان به صك . واما ضمنى وهو ما كان باجراء العمل الموكل فيه بعد ايجاب الموكل كما اذا كتب زيد لبكر ببيع داره فباعها من غير أن يكتب اليه بالقبول . ويكفى أن يكون التوكيل محرراً على ورقه عرفية فيما يختص بعلاقة الوكيل بالموكل والأحوط أن تكون رسمية . ولمن يعامل الوكيل الحق فى طلب صورة رسمية من التوكيل. ولا تقبل توكيلات المحامين عن غيرهم فى اقامة الدعاوى الا اذا كانت رسمية (مادتى ٥١٢ و ٥١٨) .

(تعدد الوكلاء)

اذا تعدد الوكلاء وكان توكيلهم بعقد واحد ولم يصرح فيه بعمل مخصوص لكل واحد منهم وجب اتفاقهم جميعا على العمل فذا انفرد واحد منهم لاينفذ تصرفه . واذا صرح لكل واحد بعمل مخصوص نفذ تصرفه فيما هو وكيل فيه خاصة . وان وكل كل واحد بعقد على حدته جاز له التصرف منفرداً فى جميع ماهو موكل بعمله . وعلى كل حال لاتضامن بين الوكلاء سواء كانوا مشتركين فى العمل أم لا (مادة ٥١٩)

(أنواع الوكالة)

الأصل فى الوكالة أن تكون بلا أجر . وقد تكون بأجر باتفاق المتعاقدين . وان لم ينص العقد على الأجر ينظر : فان كان الوكيل ممن صناعتهم الاشتغال بأعمال الغير فله أجر المثل وذلك كالدلال والمحامى . وان لم تكن له تلك الصناعة فلا أجر له (مادتى ٥١٣ و ٥١٤)

وتنقسم الوكالة الى نوعين : خاصة . وعامة

فالخاصة ما كان موضوعها عملا معينا كبيع أو شراء ولا يترتب عليها الا الاذن للوكيل بمباشرة الأعمال المبينة فى التوكيل وتوابعها الضرورية

والعامة هى التى لا تشتمل على بيان عمل معين وبها يكون للوكيل مباشرة جميع الأعمال الادارية فقط ويدخل ضمن هـذه الأعمال الصرف على الأشغال الجارية . ودفع المرتبات . وشراء مايلزم للزراعة وبيع الحاصلات . وقبض الديون . ووفاؤها . وهكذا

أما غير الأعمال الادارية فلا يباشرها الا بنص صريح ولهذا لا يسوغ للوكيل توكيلا عاما . الاقرار بشيء . ولا طلب يمين . ولا المدافعة فى أصل الدعوى ولا تحكيم محكمين . ولا اجراء مصالحة . ولا بيع عقار . أو حق عقارى . أو ترك التأمينات مع بقاء الدين . أو اجراء أى عقد يتضمن التبرع الا اذا كان عنده بذلك توكيل خاص أو تفويض خاص ضمن توكيل عام مع بيان محل التبرعات بالذات عقارا كان أو منقولا فيذكر فى العقد المنزل الفلانى . وأما التوكيل فى بيع العقار أو المنقول فيقتضى التوكيل فى البيع عمومه وكذلك التوكيل فى التحكيم والصلح بدون بيان موضوع خاص يستلزم التفويض فى اجراء ذلك كلما مست الحاجة . وعلى العموم فالتوكيل العام فى جنس عمل يكون معتبراً بدون نص على موضوع العمل الا فيما يتعلق بعقود التبرعات (المواد ٥١٥ و ٥١٦ و ٥١٧)

(أحكام الوكالة)

للوكالة أحكام كثيرة : منها ما يختص بواجبات الوكيل . ومنها ما يختص بواجبات الموكل . واليك بيان كل مأخوذاً من القانون وشرحه

واجبات الوكيل

(١) — ليس للوكيل أن يوكل عنه غيره فيما هو موكل فيه الا اذا كان مصرحا له بذلك فى العقد . فان لم يكن مصرحا له بتعيين وكيل معين يكون مسئولا أمام الموكل عن أعمال من يعينه من الوكلاء ولو كان مأذونا بأن يوكل عنه من يريد . واذا كان مصرحا له بتوكيل شخص معين

فلا يضمن الوكيل الأصلي أعمال الوكيل الثاني . ولهذا حق الرجوع مباشرة بأجرته ان كان مأجوراً على الموكل الأصلي . وعلاقته بالوكيل الأصلي علاقة وكيل بموكله (مادة ٥٢٠)

(٢) — يجب على الوكيل القيام بما وكل فيه بالدقة وبدون اهمال . وهو مسئول أمام الموكل عن تقصيره الجسيم ان كان متبرعا.وعن اليسير أيضا ان كان مأجوراً . وعن عدم قيامه بدون عذر بما هو موكل فيه (مادة ٥٢١)

(٣) — الوكيل الذي يعمل عملا على ذمة موكله بدون أن يخبر من تعامل معه بتوكيله يكون هو المسئول لدى من عامله (مادة ٥٢٣) . أما اذا أخبر أن عمله للموكل وعلى ذمتـه فلا يكون ملزما الا باثبات التوكيل ولا يكون مسئولا أيضا عن تجاوزه حدود ما وكل فيه اذا أعلم من يعامله بسعة وكالته (مادة ٥٢٤)(كل هذه الاحكام موافقة لنظائرها من أحكام الشريعة الغراء)

(٤) — على الوكيل تقديم حساب ادارة عمله للموكل وحساب المبالغ التي قبضها على ذمة موكله (مادة ٥٢٥)

وعليه فوائد المبالغ المقبوضة من يوم مطالبته بهامطالبة رسمية . أو من يوم استعماله لها لمنفعة نفسه (مادة ٥٢٦)

(٥) — يجب على الوكيل الذي انتهى توكيله بأي سبب غير العزل الصريح من الموكل أن يجعل الأعمال التي ابتـدأها في حالة تقيها من الاخطار . ولذلك قضت لائحة المحامين على المحامي الذي يعتزل من نفسه أن يستمر في مباشرة الدعوى خمسة عشر يوما ليتمكن الموكل من توكيل غيره . ويجب على الوكيل متى انقضت وكالته أن يرد سند التوكيل للموكل . ولا يجوز للوكيل أن يعزل نفسه عن الوكالة في وقت غير لائق (مادة ٥٢٢)

واجبات الموكل

(١) — يجب على الموكل تنفيذ ما التزم به وكيله باسمه بموجب التوكيل .
وعليه اذا عمل الوكيل عملا خارجا عن حدود توكيله أن يبين فى ميعاد لائق مافى عزمه من التصديق أو عدمه على ما فعله الوكيل حتى لايبقى العمل معلقا (مادة ٥٢٧)

(٢) — على الموكل أن يؤدى لوكيله جميع المصاريف المقبولة قانونا التى يكون صرفها فى شئونه أيا كانت نتيجة العمل أى سواء كان ناجحا أم غير ناجح اذا لم يحصل من الوكيل تقصير فيه (مادة ٥٢٨)

(٣) — على الموكل أن يدفع لوكيله فوائد النقود التى دفعها بسبب التوكيل من يوم دفعها (مادة ٥٢٦)

(٤) — على الموكل أن يعوض على الوكيل الخسارة التى تلحقه بسبب قيامه بأعمال التوكيل ولم يكن مقصراً ولا مجازفا كما اذا مرض وهو مسافر فى أشغال موكله مرضا اقتضى مصرفا خاصا أو سرق متاعه أو جرح أو مات غريقا أو حريقا أو رديما أو بغير هـذه الاسباب أثناء قيامه بالعمل الموكل فيه . قال شارح القانون صفحة (٢٩٧) :
نعم ليس هذا الواجب منصوصا عنه فى القانون ولـكن القواعد العامة تجيزه والعدل يقتضيه

(انقضاء الوكالة)

تنقضى الوكالة بأحد الاسباب الآتية :

(١) — باتمام العمل الموكل فيه

(٢) — بعزل الوكيل من الموكل فان كان مأجوراً يشترط أن يكون العزل=

كتاب الرهن

هذا هو العقد الثالث من العقود التي لا تقوم الا بالتبعية لغيرها والعقد الثاني من عقود التأمينات ويختص بالتأمين العيني أي جعل الأعيان المالية تأمينا للدائن على دينه بوضعها تحت يده أو تحت يد من يختاره بالاتفاق مع الراهن حتى يستوفي دينه . ومع أن الأصل الشرعي يقضي بكون جميع أموال المدين (ما عدا الضروري له منها . أنظر نزع الملك جبراً عن صاحبه) ضامنة لوفاء ديونه رأى الفقهاء أن هذا التأمين العام غير كاف في ثقة الدائن بمدينه خصوصا اذا كثرت ديونه فجعلت له الحق في أخذ تأمين خاص هو الرهن ليكون ممتازاً على غيره من

= في وقت لائق فلا يفاجئه به بل يجب أن يخبره بعزمه على عزله قبل العزل بزمن يسع استعداد الوكيل للتخلي عن العمل . ويتبع العرف في تقدير هذا الزمن . ولا ينعزل الوكيل بالعزل الا اذا أخبره الموكل فان لم يخبره التزم بما يعمله الوكيل وهو غير عالم بالعزل وان لم يكن مأجورا فلا يجب على الموكل شيء من ذلك

(٣) — يعزل الوكيل نفسه بشرط أن يعلن الموكل بذلك وان يكون في وقت مناسب

(٤) — بموت الوكيل أو الموكل . لان الوكالة من العقود التي تلاحظ فيها الشخصيات . واذا لم يعلم الوكيل بموت الموكل فاستمر على عمله فهو صحيح والورثة ملزمون بتنفيذه ولا يحتج على الغير بموت الموكل ولا بعزل الوكيل ولا اعتزاله ان لم يكن هذا الغير عالماً به (مادتي ٥٣٠ و ٥٣١)

الدائنين فى خصوص ما ارتهنه فلا يزاحمه أحد منهم فى ثمنه اذا بيع لأداء الدين منه

وتنحصر مباحث الرهن فى تعريفه. وأركانه. وأصل مشروعيته وحكمة المشروعية. وصفته. وشروطه. وأحكامه. واستحقاقه. ومصاريفه وحفظ الرهن تحت يد عدل. وبيع الرهن لقضاء الدين. ولكل من الشروط والأقسام وما بعدهما مباحث خاصة بها تذكر فى محالها واليك بيان كل

(تعريف الرهن)

الرهن معناه لغة الحبس مطلقاً أى سواء كان حسيا كحبس الأعيان أو معنويا كحبس النفوس عن شهواتها بالصيام ونحوه وحبسها بما اقترفته من الجرائم والآثام. قال الله تعالى (كل نفس بما كسبت رهينة) أى مرهونة بمعنى محبوسة. وقال جل وعلا (كل أمرىء بما كسب رهين) أى حبيس. ويطلق الرهن لغة على العقد. وعلى الشىء المرهون من باب اطلاق المصدر وارادة اسم المفعول

ومعناه شرعاً حبس شىء مالى بحق مالى يمكن استيفاؤه منه كلا أو بعضا.

والأصل أن يكون حبس الرهن عند المرتهن. وقد يكون عند غيره باتفاق المتعاقدين وهذا الغير يسمى عدلا أو أمينا.

(أركان الرهن)

أركان الرهن اثنان وهما الايجاب والقبول كأن يقول الراهن

رهنتك هذا الشيء بمالك عليّ من الدين. أو هذا الشيء رهن بدينك . فيقول المرتهن قبلت أو رضيت. وليس للايجاب والقبول ألفاظ مخصوصة بل كل لفظين يدلان على حبس العين للتوثق من استيفاء الدين يصلحان ايجابا وقبولا . فلو اشترى شخص شيئا بعشرة جنيهات وأعطى ساعته للبائع وقال له امسك هذه الساعة حتى أعطيك الثمن فأخذها فهي رهن لأن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ . وقيل أن الركن هو الايجاب فقط

وكما ينعقد الرهن باللفظ ينعقد بالكتابة . وباشارة الأخرس المعروفة . وبالتعاطي

والراهن هو المدين . والمرتهن هو الدائن . والرهن هو الشيء المرهون .

(أصل مشروعية الرهن . وحكمة مشروعيته)

الرهن مشروع بالكتاب . والسنة . والاجماع

فالكتاب قوله تعالى (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة) والتقييد بالسفر وعدم وجود من يكتب الدين ليس لصحة العقد وانما هو لبيان ماجرت به العادة من أن أخذ الرهن يكون غالبا في مثل هذه الأحوال لعدم التمكن من الاستيثاق بغيره حينئذ والا فهو صحيح في السفر والحضر ومع كتابة الدين وعدم كتابته

والسنة ماروى أنه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودى طعاما ورهنه به درعه وقد كان ذلك في الحضر لا في السفر

وانعقد الاجماع على جوازه

وحكمة مشروعيته فائدة كل من المرتهن والراهن اذ الأول يأمن على دينه من التوى أى الهلاك : والثانى يحصل على ثقة الدائن فيقال هذا من مخاصمته والثقة فى المعاملات قد تقوم مقام المال بل قد تفوقه فى كثير من الأحيان

(صفه الرهن)

صفة الرهن هى أنه عقد جائز غير لازم قبل التسليم كعقود التبرعات لأنه معتبر منها اذ الراهن لايستوجب فى مقابلته شيئا على المرتهن ولهذا يجوز له فسخه وامضاؤه قبل التسليم كما فى الهبة فاذافسخه جاز للدائن الذى اشترط أخذ الرهن أن يفسخ العقد الذى ترتب عليه هذا الرهن واذا سلمه تم العقد ولزم من جانب الراهن لا من جانب المرتهن

(شروط الرهن)

شروط الرهن أربعة أنواع : نوع يرجع الى نفس العقد . ونوع يرجع الى المتعاقدين . ونوع يرجع الى الشىء المرهون . ونوع يرجع الى المرهون به

فالشروط التى ترجع الى نفس العقد ألا يكون الرهن معلقا على شرط ولا مضافا الى الزمن المستقبل لأن الرهن والارتهان فيه معنى الايفاء والاستيفاء فأشبه البيع وهو لايصح فيه ذلك كما سبق

والشروط التى ترجع الى المتعاقدين هى أن يكون كل منهما مميزا فان كان أحدهما غير مميز لجنون أو صغر فلا ينعقد رهنه . واذا كان محجورا عليه انعقد رهنه موقوفا على اجازة وليه أو وصيه . وان كان مأذونا له نفذ لأن الرهن من توابع التجارة

والشروط التى ترجع الى الشىء المرهون لانعقاد الرهن هى الشروط التى ترجع الى المبيع لانعقاد البيع اذ القاعدة أن كل مايصح بيعه يصح رهنه وبالعكس . وهاهى تلك الشروط

(١) — أن يكون الرهن موجودا حقيقة وقت العقد فلا يصح رهن ماليس بموجود أصلا كرهن ماتثمر أشجاره فى السنة المقبلة . ولا رهن ماهو فى حكم المعدوم كما فى بطون دوابه من الحمل

(٢) — أن يكون مالا فلايصح رهن الميتة ولا الدم المسفوح لأن كلا منهما ليس بمال أصلا

(٣) — أن يكون متقوما فلايصح رهن الخمر والخنزير اذا كان أحد المتعاقدين أو كل منهما مسلماً فان كانا ذميين صح الرهن فيما بينهما

(٤) — أن يكون مملوكا فى نفسه فلايصح رهن شىء من الأموال المباحة قبل احرازه

(٥) — أن يكون مقدور التسليم على رأى . وقيل هو شرط صحة كما فى البيع

فمتى توفرت هذه الشروط انعقد الرهن

ويشترط لصحة الرهن :

(١) — أن يكون المرهون مما يتعين بالتعيين فلايصح رهن النقود

ابتداء ويصح رهنها بقاء كما اذا باع الراهن الرهن لغير المرتهن فان ثمنه يكون رهناً بدل المبيع . وسيأتى تفصيل ذلك فى حكم التصرف فى الرهن

(١) – أن يقبضه المرتهن أو من يقوم مقامه ممن يحفظ عنده أمواله أو العدل الذى يتراضى عليه المتعاقدان

ولا يكون هذا القبض معتبرا الا اذا توفرت فيه الشروط الآتية

(ا) – أن يكون باذن الراهن صراحة كأن يقول أذنت له بالقبض . أو رضيت به أو ما أشبه ذلك . أو دلالة كأن يقبض المرتهن الرهن بحضور الراهن فيسكت ولا ينهاه . فلو قبضه بلا اذنه فلا يصح القبض

(ب) – أن يكون مفرزا مميزا فلا يصح قبض المشاع . وأما رهنه فيصح بشرط ان يفرز قبل التسليم ثم يسلم فلو قبضه مشاعا لا يكون القبض معتبرا ولا يترتب عليه لزوم العقد من جهة الراهن بل يجوز له فسخه واسترداد الرهن . ولا فرق فى الشيوع المبطل للرهن بين أن يكون مبتدأ أو طارئا . ومثال الشيوع الطارئ أن يرهن شخص شيئا ثم يستحق بعضه ولم يكن الباقى مما يصح رهنه ابتداء فان الرهن حينئذ يفسد فان كان الباقى مما يصح رهنه ابتداء بأن كان الرهن جملة أشياء فاستحق بعضها فلا يفسد الرهن

وقال الشافعى رضى الله عنه يصح رهن المشاع لأنه يمكن بيعه واستيفاء الدين من ثمنه

(ج) – أن يكون مفرغا أى غير مشغول بما ليس بمرهون فلا يصح قبض الدار التى فيها أمتعة الراهن . ولا الارض المشغولة بزرعه ولا الشجر المشغول بثمره الا بعد اخراج الامتعة وحصد الزرع وقطع الثمر .

واذا كان الرهن هو الشاغل فان كان اتصاله اتصال قرار كالزرع والثمر وجب فصله ثم تسليمه . وان كان اتصاله اتصال مجاورة يكفى فى صحة القبض التخلية أى ازالة الموانع وتمكين المرتهن من قبضه

(د) – أن يكون القابض أهلا للقبض بأن يكون عاقلا مميزا ولا يشترط فيه البلوغ لانه ليس بشرط فى الركن

ولا يشترط فى الشىء المرهون لصحة الرهن أن يكون مملوكا للراهن بل يصح رهن غير المملوك أيضا وسيأتى بيان ذلك مفصلا كما لايشترط فيه أن يكون عقارا أو منقولا ولا أن يكون المنقول مثليا أو قيميا بل كل ما استوفى الشرائط المذكورة من الأموال التى تتعين بالتعيين أيا كان نوعها يصح رهنه أما التى لاتتعين بالتعيين وهى النقود فلا يصح رهنها كما سبق

والشروط التى ترجع الى المرهون به هى : أن يكون ديناً صحيحا ثابتا فى الذمة فلا يصح الرهن بديون النفقات لكونها غير صحيحة ماعدا نفقة الزوجة المستدانة بالتراضى أو بقضاء القاضى. وثبوت الدين فى الذمة اما أن يكون حقيقيا بأن كان الراهن قد قبضه . أو حكميا بأن كان موعوداً به . ومثال هذا أن يطلب زيد من بكر مائة جنيه فيعده بكر باعطائها له بعد يوم ويطلب منه رهنا بها فاذا أحضر زيد الرهن وسلمه لبكر قبل قبض الدين صار رهنا من وقت قبضه وتسرى عليه جميع أحكام الرهن . أو أن يكون عينا مضمونة بنفسها على الراهن كالمقبوض على سوم الشراء والمبيع بعقد فاسد والمغصوب . فان لم تكن مضمونة أصلا أو مضمونة بغيرها فلا يصح الرهن بها

ولا يشترط لصحة عقد الرهن أن يكون الشيء المرهون رهنا لشخص واحد بل كما يصح رهن الشيء الواحد لدائن واحد يصح رهنه لدائنين متعددين . ثم ان كان الرهن لايضره التبعيض جاز لكل منهم أن يرتهن منه بنسبة حصته من الديون المرهون بها . وان كان يضره التبعيض كان لهم الخيار بين أن يتناوبوا حفظه وبين أن يحفظوه تحت يد واحد منهم أو تحت يد عدل أجنبي عنهم بتراضي الجميع

(أحكام الرهن)

للرهن أحكام عامة .وأحكام خاصة . فالأحكام العامة هي ماترتبت على الرهن من حيث هو أي بقطع النظر عن كونه مملوكا . أو مستعارا أو مال صغير رهنه الولي أو الوصي . والاحكام الخاصة هي ما ترتبت على واحد من هذه الانواع دون غيره . وكل من هذه الاحكام اما أن يتعلق بالرهن حال قيامه . واما أن يتعلق به حال هلاكه واليك بيان كل :

(أحكام الرهن على العموم)

أحكام الرهن المنعقد صحيحاً هي :

أولا - ثبوت الحق للمرتهن في حبس الشيء المرهون حتى يستوفي دينه الذي ارتهنه به خاصة لا بدين غيره سواء كان هذا الدين سابقا على عقد الرهن أولا حقا له . ومتى ثبت للمرتهن حق الحبس صار الشيء المرهون متعلقا به حق كل من الراهن لانه مالك . والمرتهن لأنه واضع

اليد بحق الارتهان : وعلى ذلك لايجوز لأحدهما أن ينتفع به ولا أن يتصرف فيه بدون اذن الآخر وسنبين حكم التصرف في الرهن والانتفاع به في مبحث خاص ووجود الرهن تحت يد المرتهن لايمنعه من المطالبة بدينه ان كان حالا لأن الغرض من الرهن الاستيثاق وعند حلول أجله ان كان مؤجلا . ويستمر حق الحبس للمرتهن الى ان يستوفي جميع دينه حتى اذا أدى الراهن بعض الدين وأراد استرداد بعض الرهن لايكون له الحق في ذلك الا اذا كان قد رهن شيئين وسمى لكل واحد منهما مقداراً معيناً من الدين وقت العقد برضاء المرتهن فله حينئذ استرداد الذي دفع ما يقابله . ولا يبطل حق الحبس بموت أحد المتعاقدين ولا بموتهما بل كل من مات منهما تقوم ورثته مقامه في جميع ماله من الحقوق وما عليه من الواجبات المترتبة على الرهن . ويصح بتراضي المتعاقدين أن يوضع الرهن تحت يد المرتهن . أو تحت يد أمين يسمى عدلا

ثانيا — أن المرتهن يكون أحق بالرهن من سائر الغرماء فلا يشاركه في بيعه واستيفاء الدين من ثمنه أحد منهم لتعلق حقه به تعلق اختصاص وامتياز بسبب وضع يده عليه وحيازته له

وهذان الحكمان أصليان للرهن

ثالثا - وجوب تسليم الشيء المرهون عند أداء الدين . وهذا الحكم يثبت بعد الاداء لاقبله

وقال الامام الشافعي رضي الله عنه : الحكم الاصلي للرهن هو كون المرتهن أحق ببيع المرهون وأخص بثمنه من سائر الغرماء وأما حق الحبس فليس بلازم عنده ولهذا يجوز للراهن أن ينتفع بالرهن

الذى يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ولا يضر الانتفاع به ثم يرده الى المرتهن أما الذى لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه فلا يجوز له أن ينتفع به لأن فى هذا الانتفاع ابطال الرهن وهو لا يملك ابطاله بدون رضا المرتهن . واستدل الامام الشافعى بقوله عليه الصلاة والسلام (لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن هو لصاحبه الذى رهنه ، له غنمه وعليه غرمه) ومعنى لا يغلق لا يحبس فأفاد بهذا الحديث أنه لا يلزم حبسه وأنه لصاحبه ملكا وانتفاعاً وحبساً . واستدل أيضا بأن الرهن قد يهلك بالحبس الدائم عند المرتهن فيسقط الدين وهذا توهين للدين لا توثيق له ولأن فى دوام الحبس تعطيل الانتفاع بالاعيان المنتفع بها فى نفسها تعطيلا تاما والتعطيل تسييب وهو من أعمال الجاهلية التى نفاها الله بقوله جل وعلا (ماجعل الله من بحيرة ولا سائبة)

واستدل الامام الاعظم بقوله تعالى (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة) وبأن المعنى اللغوى للرهن يفيد الحبس قال تعالى (كل امرىء بما كسب رهين) أى حبيس بمعنى محبوس : وبأن الرهن شرع وثيقة للدين . والتوثيق لا يحصل الا بالحبس الدائم حتى يحرم الراهن من الانتفاع به فيسعى فى قضاء الدين فى أسرع الاوقات ويأمن دائنه على دينه من التوى بالجحود والافلاس . ولا حجة للامام الشافعى فى الحديث الذى أورده لأن معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن أى لا يملك بالدين وقد كان ملك الرهن بالدين حكما جاهليا فابطله الاسلام

(أحكام الرهن المستعار)

يجوز المدين أن يستعير مال غيره ليرهنه باذنه . والاذن بالرهن لايخلو من أن يكون مطلقا أو مقيدا

فان كان مطلقا جاز للمستعير أن يرهنه بأى مقدار أراد وبأى جنس شاء وفى أى مكان كان ومن أى انسان أحب لان العمل باطلاق اللفظ أصل من أصول الشريعة الغراء

وان كان مقيدا بأن سمى المعير قدراً أو جنسا أو مكانا أو انسانا فليس للمستعير مخالفته لانه قد تكون له مصلحة فى التقييد وبالمخالفة تفوت تلك المصلحة . ويترتب على ذلك أنه لو أذن برهن العارية بعشرة جنيهات لايجوز له أن يرهنها بأقل ولا بأكثر وقيل تصح المخالفة الى خير ويترتب على ذلك أنه لو كانت قيمة الرهن عشرة جنيهات واذنه أن يرهنه بخمسة عشر جنيها جاز له الرهن بها وبأكثر منها وبأقل بشرط ألا ينقص الدين عن قيمة الرهن . وكذا لو أذن برهنه بجنس مخصوص من الدين كالنقود أو البر أو الشعير لا يجوز له أن يرهنه بجنس آخر لان قضاء الدين من بعض الأجناس قد يكون أيسر من بعض فيكون التقييد به مفيدا وهكذا . وان خالف فى شىء مما ذكر فهلك الرهن ضمن مثله أو قيمته بالغة ما بلغت لانه تصرف فى ملك الغير بغير إذنه فصار متعديا وللمعير اذا كان الرهن موجودا أن يسترده من المرتهن لان الرهن غير صحيح

وليس للمستعير أن ينتفع بما استعاره ليرهنه لا قبل الرهن ولا

بيده فان انتفع وهلك أثناء الانتفاع ضمنه كما ذكر . ويبرأ من الضمان اذا انتفع قبل الرهن ثم رهنه حسب الشروط المقيد بها لانه عاد الى الوفاق قياسا على الوديعة فانه اذا خالف فى حفظها ثم عاد الى الوفاق خرج من الضمان بخلاف ما اذا استعار الشيء للانتفاع به وخالف المشروط ثم عاد الى الوفاق فانه لا يبرأ

واذا هلكت العارية بدون تعد فى يد المستعير قبل رهنها فلا ضمان عليه لانها هلكت وقت قبض العارية لا وقت قبض الرهن وكذا اذا هلكت بعد افتكاكها وقبل ردها لانها عادت بالافتكاك عارية ولا فرق فى هاتين الصورتين بين ما اذا هلكت العارية فى يد المستعير نفسه أو فى يد من هو فى عياله من ولده وخدمه وشريكه لان يدهم كيده الا اذا كانت العارية نفيسة فانه يضمنها المستعير اذا هلكت فى يد غيره كما سبق فى الوديعة والعارية . وأما اذا هلكت فى يد أجنبى عنه ضمن (المستعير) مثلها أو قيمتها ولو كان قد وكله بقبضها لأن يده ليست كيد المستعير الا اذا رضى المعير بقبضه فلا يضمن

واذا هلكت فى يد المرتهن بعد أن رهنها المستعير على الوجه الذي اذن به ضمن الراهن للمعير قدر ما سقط من الدين عنه بهلاك الرهن لانه قضى دين نفسه به فيجب قضاؤه . ولا يضمن ما زاد فى قيمة الرهن عن الدين . اذ حكم الهلاك فى الرهن أن يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين . واذا رضى المعير برهن ماله يعتبر راضيا بجميع أحكام الرهن بما فيها حكم الهلاك

وكذا لو تعيب الرهن فى يد المرتهن فسقط بعض الدين بسبب

العيب فان الراهن يضمن ذلك المعير ويكون بمنزلة الوديع الذى قضى دين نفسه من مال الوديعة باذن صاحبها فما قضى به يكون مضمونا عليه وما بقى يكون أمانة عنده . واذا اختلف المعير والمستعير فى سبب الهلاك فقال المعير هلك فى يد المرتهن وقال المستعير هلك قبل أن أرهنه أو بعد ما افتككته فالقول قول المستعير بيمينه

واذا أراد المعير أن يجبر المستعير على دفع الدين وفك الرهن ينظر : فان كانت الاعارة مؤقتة بوقت معلوم فلا يصح الاجبار الا بعد حلول الوقت . وان لم تكن مؤقتة كان له حق اجباره لأن الاعارة عقد غير لازم فيستقل كل واحد من المتعاقدين بفسخه فى أى وقت شاء . واذا عجز الراهن عن افتكاك الرهن أو لم يفتكه عناداً أو كان موعد افتكاكه لم يحن وافتكه المعير لا يكون متبرعاً ويرجع على المستعير بما أداه سواء كان أقل من قيمة الرهن أو مساوياً لها أو أكثر منها وسواء أدى الدين باذن المستعير أو بغير اذنه اذ المعير مضطر الى تخليص ملكه من المرتهن ولا فكاك له منه الا بأداء كل الدين فيعتبر مأذوناً من الراهن حكما بأدائه ويجبر المرتهن على قبول الدين من المعير وتسليم الرهن اليه .وقيل لا يرجع الا بقيمة الرهن اذا كان الدين أكثر منه وكان قد أداه بلا اذن المستعير ويعتبر متبرعاً بما زاد والأول هو المعتمد . ولا يبطل الرهن المستعار بموت المعير ولا بموت المستعير ولا بموت المرتهن بل يقوم وارث كل مقامه

(حكم رهن مال الصغير)

رهن الولى أو الوصى مال الصغير الذى تحت ولايته لأجنبى جائز

سواء كان الدين المرهون به على الصغير أو على الولى أو الوصى لأن الرهن اما أن يجرى مجرى الايداع أو مجرى المبادلة وكل منهما يملكه الولى والوصى . ويترتب على ذلك أن الأب اذا رهن شيئا من مال الصغير أو الصبى فى دين على الصغير أو على نفسه صح الرهن وترتب عليه حكمه وهو أنه اذا هلك تحت يد المرتهن بدون تعد يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين . ويضمن الأب لولده ما سقط من الدين بهلاك الرهن لأنه قضى دين نفسه بمال ولده فيضمنه له . واذا بلغ الولد والرهن قائم عند المرتهن فليس له أن يسترده قبل قضاء الدين أو أمر القاضى لأن الرهن وقع صحيحا لصدوره عن ولاية شرعية فلا يملك الولد نقضه ولكن يؤمر الأب بقضاء دين نفسه ورد الدين على ولده لزوال ولايته بالبلوغ ولو قضى الولد دين أبيه وافتك الرهن كان حكمه حكم المعير اذا افتك الرهن المستعار وقد سبق بيانه والوصى كالاب فى جميع ماذكر وانما يفترقان فى شىء آخر وهو أن الاب يجوز له أن يرتهن مال ولده الصغير بدين له عليه وأن يرهن ماله لولده بدين عليه له واذا هلك الرهن يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين اذا كان أشهد على الرهن والارتهان وقت حصوله والا فلا يصدق اذا لم يصدقه ولده بعد البلوغ .ولا يجوز ذلك للوصى لأن شراءه مال الصغير لنفسه وبيعه ماله للصغير وان كان جائزاً الا أنه مشروط فيه الخيرية للصغير ومالا خيرية فيه لا يجوز فكذلك الرهن لايجوز لأنه لا خيرية فيه اذ هو دائماً يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين

(حكم التصرف فى الرهن والانتفاع به)

لما كان الرهن متعلقاً به حق كل من الراهن والمرتهن لكون الاول مالكا والثانى له حق حبسه حتى يستوفى دينه كان تصرف كل منهما فيه وانتفاعه به موقوفاً على اجازة الآخر حسب التفصيل الآتى :

تصرف الراهن وانتفاعه

اذا تصرف الراهن فى الرهن بالبيع أو الهبة أو الاجارة أو نحوها فان كان التصرف للمرتهن صح وبطل الرهن . وان كان التصرف لأجنبى توقف على اجازة المرتهن فان أجازه نفذ وان لم يجزه بقى موقوفاً حتى يفتك الرهن . وقد اختلف الفقهاء فى الثمن عند اجازة المرتهن البيع هل يكون رهناً بدلا من المبيع أولا ؟ فقال الامام ومحمد يكون رهناً سواء اشترط المرتهن عند الاجازة أن يكون رهنا أم لم يشترط، وسواء قبضه من المشترى أم لم يقبضه لان الثمن بدل المبيع والبدل يقوم مقام المبدل منه . وقال أبو يوسف لا يكون رهناً الا اذا اشترط ذلك وقت الاجازة لان الثمن مال آخر ملكه الراهن بسبب جديد فلا يصير رهنا الا بالشرط والأول هو المفتى به

واذا باع الراهن الرهن وسلمه المشترى بلا اذن المرتهن فهلك قبل الاجازة كان المرتهن بالخيار بين أن يضمن المشترى وبين أن يضمن الراهن فان ضمن المشترى كان له حق الرجوع على الراهن بما ضمن وان ضمن المشترى فلا رجوع له على أحد وعلى كل حال فللمرتهن أخذ الضمان رهنا بدل المبيع

وكما لا يجوز للراهن التصرف فى الرهن بغير اذن المرتهن كذلك لا يجوز له أن ينتفع به أى انتفاع كان بدون اذنه لأن حق الحبس ثابت له على الدوام

تصرف المرتهن وانتفاعه

لا يجوز للمرتهن أن يتصرف فى الرهن بدون اذن الراهن فان تصرف بلا اذنه كان تصرفه موقوفاً على الأجازة فان أجازه نفذ وبطل الرهن وان لم يجزه بطل التصرف . ثم اذا تصرف بعد ذلك يكون متعديا فيضمن قيمة الرهن اذا هلك بالغة ما بلغت

ويترتب على ذلك ما يأتى

أولا — أنه اذا باع المرتهن الرهن بدون اذن الراهن وسلمه للمشترى فهلك قبل الاجازة يكون الراهن مخيراً بين أن يضمن المشتري أو المرتهن فان ضمن المشترى رجع على المرتهن بالثمن لا بالضمن لأن تضمين المشترى يعتبر فسخاً للبيع . وأن ضمن المرتهن بقى الضمان رهنا بدل الرهن الأول . فان كان الدين حالا والضمان من جنسه التقيا قصاصاً والا فلا يلتقيان كما يعلم من أحكام المقاصة السابقة

ثانيا — أنه اذا رهن الرهن بدون اذن الراهن فهلك عند المرتهن الثانى فللراهن الخيار بين أن يضمن المرتهن الأول أو الثانى . فان ضمن الأول يكون كأنه ملك الرهن له فيعتبر الرهن الذى بينه وبين المرتهن الثانى صحيحا وتترتب عليه أحكامه . ومنها أنه يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين فيسقط بهلاكه الدين ان كان مساويا لقيمته أو أقل منه

ويسقط منه بقدر القيمة اذا كان أكثر منها ويبقى الضمان رهنا بدل الرهن الهالك ويتبع فيه من جهة المقاصة وعدمها ماذكر . وان ضمن المرتهن الثاني يكون كأنه أبطل الرهن الثاني فلا يسقط الدين الذي على المرتهن الأول ويرجع عليه بما ضمن لانه مغرور

فاذا كان الرهن الثاني بالاذن صح وبطل الرهن الأول ويعتبر المرتهن الأول مستعيراً للرهن فيأخذ رهنه أحكام الرهن المستعار

هذا كله اذا تصرف المرتهن لغير الراهن أما اذا تصرف له بأن باع له الرهن أو أجره أو وهبه أو أعاره أو ما أشبه ذاك فان هذه التصرفات كلها تعتبر اعارة لأن الانسان لايشترى ولا يستأجر ملك نفسه ولا يقبل هبة ملكه من غيره . ولا يترتب عليها بطلان الرهن بل يكون للمالك حق الانتفاع فقط ويكون للمرتهن حق استرداده فى أى وقت شاء ولو جبرا على الراهن اذا كان قائما فان كان قد هلك قبل استرداده هلك على صاحبه لأن الرهن خرج عن ضمان المرتهن برجوعه الى حيازة صاحبه وقت الانتفاع وبهلاكه يبطل الرهن ويكون المرتهن أسوة الغرماء . واذا مات الراهن والرهن قائم فى يده فالمرتهن أولى به من سائر الغرماء . واذا هلك الرهن بعد استرداده هلك بالاقل من قيمته ومن الدين لأنه بالاسترداد عاد دينا كما كان

وكما لايجوز للمرتهن التصرف فى الرهن بدون اذن الراهن كذلك لايجوز له الانتفاع به بدون اذنه سواء كان الرهن عقارا أم منقولا وسواء كان الانتفاع يضر به أم لا . أما اذا أذن له الراهن جاز له أن ينتفع . وقيل لايجوز ولو كان بالاذن لاعتبارهم اياه اذنا بالربا والفتوى

على أنه جائز حتى لاتتعطل منافع الأموال ولأن فى منع المرتهن من الانتفاع مع الاذن له بذلك من المرتهن تضييق السبيل أمام المحتاجين الى النقود فان الناس غالبا صاروا لايقرضون الا برهن عقارى مشروط فيه انتفاع المرتهن به طول مدة الرهن

ولا يصح ماهو جار الآن من تأجير الرهن للراهن نفسه لما قلنا من أن هذا التصرف يعتبر عارية ولايجب على المستأجر أجرة للمرتهن فان أجره لغيره جاز ولو كان المستأجر هو والد الراهن أو ولده

(حكم نماء الرهن)

نماء الرهن هو الزوائد التى تتولد منه كالثمر والنتاج والصوف واللبن ونحوها . وحكم هـذه الزوائد أنها مملوكة للراهن لتولدها من ملـكه فلا يجوز للمرتهن أن ينتفع بها بدون اذن مالـكها ان كان حاضرا أو اذن القاضى ان كان غائبا فلو تصرف فيها بدون اذن واحد منهما فهلـكت ضمنها . أما اذا هلـكت بدون تعد فلا ضمان عليه لانها من التوابع وحكم التوابع بالنسبة للهلاك ماذكر

أما اذا زاد الراهن شيئا على الرهن من ماله فان الزيادة تلتحق بأصل العقد وتصير جزءا من الرهن كأن العقد ورد على الزيادة والأصل

(حكم هلاك الرهن)

اذا هلك الرهن تحت يد المرتهن فلا يخلو من أن يكون الهلاك بتعد أو بدونه . فان هلك بتعد فحكمه أنه يكون مضمونا على المرتهن

بقيمته بالغة ما بلغت . وان هلك بدون تعد فحكمه أنه يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين . وتعتبر قيمة الرهن يوم قبضه فى الحالتين .

ومعنى كونه مضمونا بالاقل من القيمة والدين أنه اذا كانت قيمته مساوية للدين سقط الدين فى مقابلته عن الراهن كما اذا كانت القيمة مائة جنيه والدين مثلها . واذا كانت قيمته أقل من الدين كما اذا كانت القيمة ثمانين جنيها والدين مائة هلك الرهن بقيمته وهى الثمانون وسقط من الدين عن الراهن بقدرها ورجع المرتهن بالباقى وهو عشرون جنيها على الراهن . واذا كانت قيمته أكثر من الدين بأن كانت مائة جنيه وكان الدين ثمانين هلك بالدين فلا يرجع الراهن بالزيادة وهى العشرون جنيها على المرتهن لانها أمانة فى يده

ولا فرق فى ذلك كله بين ما اذا كان الهلاك والدين فى ذمة الراهن أو لم يكن فى ذمته كما اذا وعد المرتهن الراهن باعطاء النقود بعد أن يأخذ الرهن فأخذه وقبل اعطاء النقود هلك فى يده . وكما اذا سدد الراهن الدين وقبل استرداد الرهن هلك تحت يد المرتهن

واذا كان الذى أهلك الرهن هو الراهن كان للمرتهن أن يضمنه قيمته ويأخذها رهنا بدله . واذا أهلكه أجنبى ضمن قيمته للراهن يوم هلاكه وجاز للمرتهن أن يأخذها رهنا أيضا

وقال الامام الشافعى : ان الرهن أمانة فى يد المرتهن فان هلك بالتعدى ضمنه وان هلك بدون تعد فلا ضمان عليه

ويشترط لصحة كون الرهن مضمونا على المرتهن بالاقل من قيمته ومن الدين عند الهلاك الشروط الآتية :

(١) — قيام الدين فلو سقط من غير عوض ثم هلك الرهن يهلك أمانة كما اذا أبرأ المرتهن الراهن من الدين ثم هلك الرهن فانه يهلك بلا مقابل اذا لم يكن ممتنعا عن تسليمه للراهن . وكما اذا أعطى الزوج لزوجته رهناً بالمهر ثم طلقها قبل الدخول فهلك الرهن فى يدها فلاضمان عليها فيما يقابل نصف المهر الذى سقط بالطلاق

(٢) — أن يكون الشيء المرهون مقصودا بالرهن أما اذا كان تابعا للرهن كالزيادة المتولدة وما فى حكمها فلا يكون مضمونا بل أمانة

هذا كله اذا كان الرهن شيئا واحدا فان كان أشياء متعددة كثوبين أو حصانين أو نحو ذلك فلا يخلو الحال من أحد أمرين .

الاول أن يطلق الراهن أى لم يقدر لكل واحد منهما شيئا من الدين

الثانى أن يقدر لكل واحد منهما قدراً معلوماً منه

فان أطلق يقسم الدين عليهما بنسبة قيمتهما ويكون كل واحد منهما مضمونا بالاقل من قيمة نفسه ومن حصته من الدين

وان قيد كل واحد بقدر معلوم كان مضمونا بالاقل من قيمته ومما قدر له

(حكم الرهن الفاسد)

اذا فسد الرهن بسبب فقده شرطا من شروط صحته فلا حكم له حال قيام المرهون حتى لايثبت للمرتهن حق حبس الرهن ويثبت للراهن حق استرداده منه فان منعه حتى هلك يضمن مثله أو قيمته يوم قبضه لانه بالمنع صار غاصبا وان لم يمنعه ثم هلك الرهن فى يده فقيل

يهلك هلاك الامانات لأن الرهن اذا لم يصح يكون القبض قبض أمانة لأنه مأذون فيه من المالك . فأشبه قبض الوديعة وقيل يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين

(استحقاق الرهن)

اذا استحق الرهن وهو قائم تحت يد المرتهن فللمستحق أن يأخذه منه هو وزوائده . فان استحق بعد هلاكه كان المستحق بالخيار بين أن يضمن الراهن قيمته وبين أن يضمنها للمرتهن فان ضمنها للراهن وكانت قيمة الرهن أكثر من الدين أو مساوية له سقط الدين عنه وان كان أقل سقط من الدين بقدر قيمته ورجع المرتهن بالباقى على الراهن لأن هذا التضمين صيره مالكا له فكان رهنه صحيحا . وان ضمنها للمرتهن يعتبر هذا التضمين ابطالا لعقد الرهن فلا يسقط الدين عن الراهن بهلاكه ويكون للمرتهن حق الرجوع عليه بالدين وبما ضمنه للمستحق

وأما حكم استحقاق بعض الرهن فقد سبق بيانه فى شروط الرهن . ومحصله أنه اذا كان البعض المستحق مشاعا بطل الرهن فى المستحق وغيره وان كان مفرزا بطل فى المستحق فقط وبقى فى غيره ويعتبر ما بقى بعد الاستحقاق رهنا بكل الدين

(نفقات الرهن)

الاصل الذى تنبنى عليه مسائل الانفاق على الرهن هو أن كل ما كان

منه لحفظ الرهن وصيانته من الضياع والتلف فهو على المرتهن لان الحفظ واجب عليه وذلك كأجرة الحافظ والمكان الذى يحفظ فيه . هذا اذا كانت قيمة الرهن مساوية للدين أو أقل منه فان كانت أكثر كان على المرتهن من النفقات مايقابل الجزء المضمون وهو المساوى للدين وعلى الراهن مايقابل الامانة وهو الزائد على المضمون الا المسكن فانه على المرتهن خاصة

وكل ما كان من النفقات لازما لبقاء عين الرهن كالمؤنة ورم المبانى وعلف الدواب أو لاصلاحه وتحسين قيمته كحفر المساقى والمصارف واقامة جسور وقناطر . أو واجبا أداؤه للحكومة كالخراج فعلى الراهن

واذا أنفق أحدهما ما ليس بواجب عليه بلا اذن من الآخر ولا بأمر القاضى كان متبرعا فلا يرجع بشىء

(حفظ الرهن تحت يد عدل)

الاصل أن الرهن يحفظ عند المرتهن أو من يقوم مقامه ممن هو فى عياله وعند كل من يحفظ أمواله عنده . ويجوز بتراضى المتعاقدين أن يحفظ الرهن تحت يد شخص أجنبى عن المرتهن ويسمى عدلاً أو أميناً ويجوز للعدل أن يحفظه بنفسه أو بواسطة من هو فى عياله حسب التفصيل السابق بيانه فى الوديعة . وليس له أن يعطيه للمرتهن ولا للراهن بغير اذن الآخر لأن كل واحد منهما لم يرض بحفظه عند الآخر ولو أعطاه لأحدهما بدون اذن فللآخر أن يسترده ويعيده الى العدل

كما كان ولو هلك قبل الاسترداد ضمن العدل قيمته لانه صار متعدياً وليس له أن يتصرف فيه ولا ينتفع به الا باذن منهما ولكن اذا كان وكيلا بالبيع عن الراهن وأداء الدين من ثمنه فله حق بيعه . ولا يملك الراهن عزله اذا كان التوكيل بالبيع فى العقد فان كان التوكيل متأخراً عنه ملكه لان التوكيل المقترن بالعقد يصير كانه جزء منه والراهن لا يملك فسخ الرهن فكذا ما اقترن به . أما بعد العقد فيصير توكيلا مستقلا وحينئذ ينعزل بجميع ما ينعزل به الوكيل المبين فى كتاب الوكالة . ويد العدل كيد المرتهن فاذا هلك الرهن بدون تعد هلك على المرتهن بالاقل من قيمته ومن الدين . واذا هلك بالتعدى ضمنه من أهلكه بمثله ان كان مثلياً وبقيمته ان كان قيمياً

(بيع الرهن لقضاء الدين)

اذا كان الرهن تحت يد المرتهن فولاية بيعه وقضاء الدين من ثمنه للراهن الا اذا كان كلف المرتهن ببيعه واستيفاء الدين من ثمنه . واذا امتنع الراهن عن البيع طلب المرتهن من القاضى أن يأمر ببيعه جبراً على الراهن

ويرى الصاحبان اجابة طلبه ولو لم يكن للراهن سواه لان رهنه تحت يد الغير يفيد أنه غير ضرورى ولا حاجى لمعيشته . وقال الامام انه اذا امتنع الراهن عن البيع حبسه القاضى حتى يؤدى الدين بأية واسطة من الوسائط لانه لا يرى الحجر على المكلف . واذا كان الراهن غائباً غيبة منقطعة جاز المرتهن أن يطلب من القاضى الاذن له ببيع الرهن متى حل الاجل ليستوفى منه دينه . واذا كان الموكل

بالبيع هو العدل فانه تسرى عليه جميع أحكام الوكيل بالبيع المبينة تفصيلا فى كتاب الوكالة . ويجب عليه البيع عند حلول الأجل ان كان الراهن غائبا فان كان حاضرا فلا جبر عليه الا اذا كان مأجورا . وانما الذى يجبر على البيع هو الراهن [1]

(١) - الرهن قانونا

الرهن لفظ عام يشمل التأمينات العينية التى ذكرها القانون وهى خمسة أنواع

(١) — رهن الحيازة

(٢) — الغاروقة

(٣) — الرهن العقارى

(٤) — الامتياز

(٥) حق حبس العين

فأما رهن الحيازة والغاروقة فقد ذكرهما القانون بالمواد (من ٥٤٠ الى ٥٥٣) ضمن العقود المعينة وهما اللذان يهمنا بيانهما الآن : وأما الأنواع الثلاثة الأخر فقد سبق بيانها فى مبحث (المداينات قانونا)

(رهن الحيازة)

رهن الحيازة عقد به يضع المدين شيئا فى حيازة دائنه أو فى حيازة ثالث باتفاق المتعاقدين تأمينا للدين وهذا العقد يجعل للدائن حق حبس الشىء المرهون لحين الوفاء بالتمام وحق استيفاء الدين من ثمنه . ويكون مقدما بالامتياز على من عداه (مادة ٥٤٠)

والحيازة عبارة عن نقل الشيء المرهون من يد الراهن الى يد المرتهن أو من يتفقان عليه . ويبطل الرهن اذا رجع المرهون الى حيازة راهنه (مادة ٥٤١) ولـكن اذا أجره أو أودعه غيره أو أعاره فلا يعتبر أنه خرج من حيازته

والأصل أن الدين الذى يعقد لأجله الرهن يكون لأحد المتعاقدين قبل الآخر . ولـكن قد يكون الرهن تأمينا لدين على شخص غير الرهن كما لو رهن زيد لبكر شيئا تأمينا على وفاء لدين له (أى لبكر) قبل خالد (مادة ٥٤٨ وشرح القانون صفحة ٣٤٣)

ويشترط لصحة الرهن أن يكون الشيء المرهون مما يجوز التعامل به بلا فرق بين أن يكون عقاراً أو منقولا وهو يضمن وفاء دين المرتهن أو ديونه التى على الراهن وحده أو عليه وعلى غيره . ويجوز أن يكون الشيء الواحد رهناً على ديون متعددة لدائنين متعددين بشرط أن يرضي الحائز للرهن بابقائه عنده على ذمة أرباب الديون (مادة ٥٤٠) . ولا يجوز اشتراط كون الشيء المرهون يصير مملوكا للدائن عند عدم الوفاء له انما يكون للدائن الحق فى طلب بيع الرهن بالكيفية الجائزة لسائر الدائنين (مادة ٥٤٣). وجملة الرهن ضامنة لـكل جزء من الدين مادة (٥٤٦) فاذا دفع جزء من الدين لا يسقط حق الحبس عن جزء من الرهن . واذا كان الرهن أكثر من شيء واحد يبقى كله فى حيازة المرتهن الى أداء ما بقى من الدين

ويجب على المرتهن أن يحفظ الرهن كحفظه لأموال نفسه وأن يصرف المصاريف الضرورية لصيانته وأن يدفع العوائد المترتبة عليه للحكومة وله أن يستوفى ما يصرفه فى ذلك من ريعه أو يستوفيه بالامتياز من ثمن الرهن ويجوز أن يتخلص المرتهن فى جميع الاحوال من تحمل تلك الـكلف بتركه حقه فى الرهن (مادة ٥٥٢)

ولا يجوز للمرتهن أن ينتفع بالرهن بدون مقابل بل اذا استغله تنقص قيمة الغلة من قيمة الدين ولو قبل حلول الاجل واذا كان للدين فائدة خصمت الفائدة

من الغلة ابتداء ثم يخصم الباقى من أصل الدين . ويجوز المتعاقدين أن يتفقا على خلاف ذلك (مادة ٥٤٥)

واذا هلك الرهن أو نقصت قيمته بآفة سماوية فلا يضمنه المرتهن بل يهلك على صاحبه . أما اذا هلك أو نقصت قيمته بتقصير المرتهن فعليه ضمانه

وكل ماتقدم من أحكام رهن الحيازة انما هو بالنسبة المتعاقدين أما بالنسبة لغيرهما فتتبع الاحكام الآتية :

(١)— لايصح رهن المنقول بالنسبة لغير المتعاقدين الا اذا كان بسند ذى تاريخ ثابت بوجه رسمى مشتمل على بيان المبلغ المرهون عليه وبيان الشيء المرهون بياناً كافياً ويحصل رهن الدين بتسليم سنده ورضا المدين كالمقرر فى المادة (٣٤٥) فيما يتعلق بالحوالة بالدين وكل هـذا مع عدم الاخلال بالاصول المقررة فى التجارة (مادة ٥٤٩)

(٢)— لايصح الاحتجاج على غير المتعاقدين برهن العقار الا اذا كان مسجلا فى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختلطة الكائن فى دائرة اختصاصها العقار المذكور أو فى المحكمة الشرعية (مادة ٥٥٠)

(٣)— لايضر رهن العقار بالحقوق المكتسبة عليه المحفوظة بالوجه المرعى قبل تسجيل الرهن (مادة ٥٥١)

(الغاروقة)

الغاروقة عقد به يعطي المدين عقاره للدائن تأميناً على دينه وله الانتفاع به لحين وفاء الدين بأكمله . وأصحاب الاطيان الخراجية هم الجائز لهم دون غيرهم عقد مشارطة الغاروقة على أطيانهم (مادة ٥٥٣)

فان شارح القانون صفحة (٣٤٦) : ويؤخذ من ذلك أن الغاروقة انما هى صورة من رهن الحيازة يجوز فيها للمرتهن استغلال الشيء لنفسه حتى يستوفى دينه ولم يعد للغاروقة شأن يذكر بجانب البيع الوفائى وبعد أن تساوت الاطيان =

كتاب الصلح

الكلام على الصلح يشتمل على تعريفه. وأركانه. وأصل مشروعيته وحكمة المشروعية .وشروطه . وأقسامه . وصفته .وأحكامه . وما يبطل به. وأحكام الابراء . واليك بيان كل

(تعريف الصلح)

الصلح اسم من المصالحة . ومعناه لغة المسالمة . وشرعا عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة بين المتخاصمين بتراضيهما

(أركان الصلح)

أركان الصلح اثنان وهما الايجاب والقبول ولا يشترط فيهما ألفاظ مخصوصة بل كل لفظين ينبئان عن معنى المصالحة ينعقد بهما الصلح كأن يقول المدعى عليه صالحتك عن ألف الجنيه الذى لك عندى على خمسمائة أو عن دعواك فى موضوع كذا ويقول الآخر قبلت أو رضيت أو نحو ذلك مما يدل على الرضا

(أصل مشروعية الصلح . وحكمة مشروعيته)

الصلح مشروع بكثير من الآيات القرآنية والاحاديث النبوية

= العشورية بالاطيان الخراجية فى الملك منذ صدور قانون ٣ سبتمبر سنة ١٨٩٦ على أن هذا العقد من المشارطات الضارة جداً والتى لا ينبغى استعمالها . اه ملخصا

واجماع الأمة الاسلامية . فمن ذلك قوله تعالى (وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء الى أمر الله فان فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا ان الله يحب المقسطين) وقوله تعالى (والصلح خير) وقوله (يا أيها الذين آمنوا ادخلوا فى السلم كافة ولا تتبعوا خطوات الشيطان انه لكم عدو مبين انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء الى يوم القيامة وقوله (ولا تنازعوا فتفشلوا وتذهب ريحكم واصبروا ان الله مع الصابرين) الى غير ذلك من الآيات . وقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه « ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم الضغائن » وكان ذلك بحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينكر عليه أحد منهم فاعتبروا اجماعا

وحكمة مشروعيته ازاله الشقاق والبغضاء واحلال الوفاق محل الخلاف وذلك كما يظهر من الآيات السابقة من أهم مقاصد الشريعة الغراء فاذا زالت الأحقاد من قلوب المتخاصمين وأينعت ثمار الوئام فى افئدتهم يرفلون جميعا فى حلل السعادة والهناء

(شروط الصلح)

للصلح شروط كثيرة منها مايرجع الى المصالح . ومنها ما يرجع الى المصالح به . ومنها مايرجع الى المصالح عنه

فالشروط التى ترجع الى المصالح هى :

(١) أن يكون عاقلا وهذا شرط عام فى جميع التصرفات فلا يصح

صلح المجنون والصبي الذي لا يعقل . وأما البلوغ فليس بشرط اذ يصح صلح الصبي المميز اذا كان له فيه نفع ويقع نافذاً ان كان مأذونا له بالتجارة وموقوفاً على الاجازة ان كان محجورا عليه . ومثال ذلك أن يكون للصبي دين على آخر ولا يمكن اثباته بحال من الأحوال فحينئذ يصح الصلح على أخذ البعض وترك البعض الآخر فان كان يمكن اثباته فلا يصح الصلح

(٢) — أن يكون الولي أو الوصي المصالح عن الصغير محافظاً على مصلحة من هو تحت ولايته فلا يصح الصلح اذا كان ضاراً بالصغير

(٣) — أن يكون المصالح عن الصغير ممن يملك التصرف في ماله كوليه أو وصيه : والمراد بالولي هنا ولي المال وهو الأب والجد أب الأب والقاضي . والمراد بالوصي وصي أحد هؤلاء

والشروط التي ترجع الى المصالح به هي :

(١) — أن يكون مالا متقوما مقدور التسليم . أو منفعة سواء كان المال عينا أو دينا والمراد بالعين كل مالا يحتمل التعيين جنسا و نوعا وقدرا وصفة واستحقاقا كالعقارات وجميع أنواع الاموال القيمية وكالمثليات المعينة بالاشارة اليها . والمراد بالدين كل ما يحتمل التعيين من النقود وما يلحق بها والمكيل والموزون الموصوفين في الذمة

(٢) — أن يكون معلوما علماً نافياً للجهالة الفاحشة المؤدية الى النزاع الا اذا كان لا يحتاج فيه الى التسليم والتسلم فانه لا يشترط العلم به كما اذا ادعى كل من رجلين على صاحبه شيئا ثم تصالحا على أن يحمل

كل منهما حقه بدل صلح عما للآخر . أما المصالح عنه فلا يشترط العلم به على كل حال لأنه لا يحتاج فيه الى التسليم الا اذا اصطلحا على أن يعطى كل للآخر ما يدعيه

(٣) - أن يكون مما يصح ورود عقد البيع عليه اذ الأصل أن كل ما يجوز بيعه وشراؤه يجوز الصلح عليه وما لا فلا . ويترتب على ذلك أنه لا يصح أن يكون بدل الصلح حقاً من الحقوق المجردة كالمسيل والشرب اللذين لا حق للمصالح فى ذات المصرف والمسقى المارين فيهما

والشروط التى ترجع الى المصالح عنه هى :

(١) — أن يكون مالا متقوما أو منفعة

(٢) — أن يكون من حقوق العباد لأن المصالح متصرف فى حق نفسه اما باستيفاء كل حقه أو باستيفاء البعض واسقاط الباقى أو بالمعاوضة أما حقوق الله فلا يصح الصلح عنها ويترتب على ذلك أنه لا يصح الصلح عما يأتى :

(ا) — حد الزنا والسرقة وشرب الخمر وذلك بأن يصالح الزانى أو السارق أو شارب الخمر من أمسكه ليرفعه الى القاضى على شئ من المال فان حصل ذلك فلا يصح هذا الصلح ويعتبر المال رشوة

(ب) - حد القذف وذلك بأن يعطى القاذف المقذوف مبلغاً من النقود أو عينا من الأعيان أو منفعة من المنافع ليعفو عنه لأنه وان كان للعبد فيه حق ولكن الغالب فيه حق الله تعالى

(ج) — أداء الشهادة وذلك بأن يعطى المدعى عليه الشاهد شيئا على ألا يشهد عليه لان الشاهد فى أدائه الشهادة محتسب حقاً لله عز شأنه

قال تعالى : (وأقيموا الشهادة لله) فان حصل ذلك فلا يصح . ويجب على الشاهد رد ما أخذه . ولو علم القاضى به أبطل شهادته

(٣) — أن يكون المصالح عنه حقا للمصالح فان لم يكن حقا له كما لو طلق رجل امرأة ثم ادعت عليه صبياً فى يده أنه ابنه منها وأنكر الرجل ذلك فصالحته عن النسب على شيء فالصلح باطل لأن النسب حق الصبي لا حقها

(٤) — أن يكون الحق ثابتاً للمصالح فى المحل المصالح عنه فان لم يكن ثابتا له فى المحل كما اذا صالح المشترى الشفيع على شيء ليترك شفعته فالصلح باطل لأنه لا حق للشفيع فى المصالح عنه وانما الثابت له حق التملك وهو ليس ثابتاً فى المحل بل هو حق الولاية التى هى صفة الوالى فلا يحتمل الصلح عنه . وكما لو كان لرجل ظلة على طريق نافذ فخاصمه رجل وأراد أن يطرحها فصالحه على شيء فالصلح باطل لأن ذات الطريق غير مملوكة لأحد من الناس وانما لهم حق المرور فيه وهذا ليس بحق ثابت فى الطريق وانما هو عبارة عن ولاية المرور التى هى صفة المار . ومن جهة أخرى فانه لا فائدة فى هـذا الصلح لأنه ان سقط حق هذا الرجل بالصلح فلغيره من الناس حق طرحها بخلاف ما اذا كان الطريق غير نافذ فانه لو صالح صاحب الظلة رجلا من أهل الطريق على مال ليترك ظلته صح الصلح لان ذات الطريق هنا مملوكة لأهلها فكان لكل واحد منهم ملك فيها وقس على هذه الأمثلة مايشابهها

(أقسام الصلح)

ينقسم الصلح الى ثلاثة أقسام : صلح عن اقرار . وصلح عن انكار وصلح عن سكوت

فمثال الأول أن يدعى شخص على آخر شيئا عينا كان أو دينا أو منفعة فيقر المدعى عليه المدعى بأنه محق فى دعواه ثم يتصالحان على شيء . ومثال الثانى أن يدعى شخص ماذكر على آخر فينكر ماادعاه ثم يتصالحان . ومثال الثالث أن يسكت المدعى عليه أى لم يقر ولم ينكر ثم يتصالحان . وكلها جائزة لقوله تعالى (والصلح خير) وهو مطلق فيشمل الجميع . ولقول سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه (ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم الضغائن)

وقال الامام الشافعى لا يجوز الا الصلح عن اقرار لأن الصلح يستدعى حقاً ثابتا ولم يوجد فى حال الانكار والسكوت . أما فى حال الانكار فلأن الحق لايثبت الا بالدعوى وهى معارضة بالانكار ومع التعارض لايثبت الحق . وأما فى حال السكوت فلأن الساكت يعتبر منكراً حكما حتى تسمع عليه البينة . وبذل كل منهما المال لدفع الخصومة غير صحيح لأن الخصومة باطلة فيكون البذل فى معنى الرشوة وهى ممنوعة شرعاً بقوله تعالى (لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون)

(صفة الصلح)

الصلح عقد لازم من الجانبين فلا يستقل أحدهما بفسخه بدون رضا الآخر وهو يتشكل بأشبه العقود به

فان كان صلحا عن اقرار فلا تخلو الحال من أن يكون المصالح عنه عينا أو دينا أو منفعة . وبدل الصلح لاتخلو حاله من أحد هذه الأشياء. فان كان كل من البدلين عينا معينة أو كان أحدهما عينا والآخر دينا اعتبر العقد عقد بيع من الجانبين

وان كان المصالح عنه دينا وبدل الصلح بعضا منه اعتبر استيفاء لبعض الحق وابراء عن باقيه . وان كان المصالح عنه دينا أو عينا وبدل الصلح منفعة أو بالعكس اعتبر اجارة

وان كان صلحا عن انكار أو سكوت اعتبر من جانب المدعى معاوضة حسب التفصيل السابق . ومن جانب المدعى عليه فداء عن اليمين وقطعا للخصومة

(أحكام الصلح)

حكم الصلح على العموم هو تملك المدعى بدل الصلح بمجرد العقد فلا يملك المدعى عليه استرداده . وسقوط دعوى المدعى فلا تسمع منه مرة ثانية . وبعبارة أخرى هو قطع الخصومة والمنازعة بين المتخاصمين . ولكل من الصلح عن اقرار والصلح عن انكار أو سكوت أحكام خاصة به تعلم مما يأتى

(حكم الصلح عن اقرار)

حكم الصلح عن اقرار أنه اذا كان أحد البدلين أى المصالح عنه أو بدل الصلح عقاراً أو كان كل منهما كذلك تثبت فيه الشفعة لأن العقد هنا فى معنى البيع وتثبت فيه جميع الخيارات التى تثبت فى البيع حسب التفصيل السابق بيانه فى محاله

واذا كان أحد البدلين منفعة كما اذا ادعى زيد على عمرو بستاناً فأقر به ثم تصالحا على أن يسكن زيد عشر سنين فى دار عمرو مثلا سرت على هذا العقد أحكام الاجارة وشروطها كتوقيت مدة الانتفاع وانفساخ عقد الصلح بموت أحد المتعاقدين على رأى محمد سواء كان من مات هو المدعى أو المدعى عليه . وسواء كانت المنفعة تختلف باختلاف المنتفعين أولا وهذا هو القياس وحينئذ يرجع المدعى على المدعى عليه بجزء من العين التى ادعاها يقابل ما بقى له من المنفعة . وقال أبو يوسف ان مات المدعى عليه فلا يبطل الصلح استحسانا بل يستوفى المدعى المنفعة المشروطة فى عقد الصلح . وان مات المدعى ينظر : فان كانت المنفعة لاتختلف باختلاف المنتفعين فلا يبطل أيضاً لانه لا ضرر على أحد فى ذلك بل فيه فائدة لأن الصلح لقطع النزاع بين المتخاصمين وفى بطلانه اعادته . وان كانت المنفعة تختلف باختلاف المنتفعين يبطل الصلح لئلا يتضرر صاحب العين المنتفع بها والضرر يزال شرعاً . ومتى بطل الصلح رجع المدعى بما ذكر

واذا استحق المصالح عنه كله أو بعضه كان للمدعى عليه أن يسترد

من يدل الصلح بقدر ما استحق كلا أو بعضا لأنه لم يدفع المصالح به الا ليسلم له ماعنده

واذا استحق البدل كله أو بعضه رجع المدعى على المدعى عليه بقدر ما استحق لأنه ماترك المدعى الا ليسلم له البدل

(حكم الصلح عن انكار أو سكوت)

الصلح عن الانكار أو السكوت يكون حكمه فى حق المدعى معاوضة وفى حق المدعى عليه فداء عن اليمين وقطعا للخصومة

ويترتب على ذلك أنه اذا كان بدل الصلح عينا كان فى معنى المبيع فتسرى عليه جميع أحكام البيع السابقة من جهة أخذه بالشفعة اذا كان عقارا وثبوت الخيارات ونحو ذلك. واذا كان منفعة تسرى عليه أحكام الاجارة حسب التفصيل المذكور فى الصلح عن اقرار. وأما المصالح عنه فلعدم الاقرار بملكية المدعى لايكون فى معنى المبيع فلا تسرى عليه أحكام البيع ولا يتوهم أنه فى مقابلة البدل فيأخذ حكم العوض فى بيع المقايضة لأنه ليس كذلك بل هو فى مقابلة انقطاع الخصومة الا أن يقيم الشفيع البينة على أن العقار المدعى مملوكا للمدعى وأن الانكار انما هو لاسقاط حقه فى الشفعة فيرجع بالمدعى واذا استحق المصالح عنه كله أو بعضه بالبينة رجع المدعى عليه على المدعى بما يقابل المستحق كلا أو بعضا لانه لم يدفع البدل الا ليسلم له المدعى فاذا استحق لم يتم له مقصوده فيرجع بما ذكر . واذا استحق بدل الصلح رجع المدعى بالخصومة على المدعى عليه لأنه ماترك الدعوى الا ليسلم له البدل .

وحكم الصلح عن الديون هنا كحكمه في الصلح عن اقرار أي أنه يعتبر استيفاء لبعض الحق وابراء عن باقيه

(مايبطل به الصلح)

يبطل الصلح بأحد الاشياء الآتية :

(١) — الاقالة . وهي عبارة عن فسخ عقد الصلح بتراضي المتعاقدين ويستثنى من ذلك الصلح عن القصاص لأنه عبارة عن العفو وهو اسقاط محض والاسقاط لايحتمل الفسخ وأما غير القصاص ففيه معنى المعاوضة فيحتمله

(٢) - الرد بخيار العيب أو الرؤية . ثم إن كان الصلح عن اقرار يرجع المدعي بما ادعاه وان كان عن انكار يرجع بالخصومة

(٣)— استحقاق أحد العوضين سواء كان الاستحقاق بعد التسليم أو قبله اذا كان عينا معينة . فان كان من المثليات وكان استحقاقه قبل التسليم فلا يبطل الصلح بل يجب على المدعى عليه أن يؤدي بدل المستحق

(٤) — موت أحد المتعاقدين في الصلح على المنافع قبل انقضاء المدة على رأي محمد . وفيما يختلف ضرره باختلاف المنتفعين اذا مات المنتفع باتفاق

(أحكام الابراء)

الابراء من المحجور عليهم لايصح . وابراء المريض مرض الموت يأخذ حكم الوصية . وأما غير هؤلاء فيصح لهم أن يبرؤا غيرهم من كل

ماعندهم أو بعضه بلا فرق بين أن يكون الابراء ضمن عقد صلح أو منفرداً عنه ولا يتوقف الابراء من الديون قبول المبرإ ولكن اذا رده قبل القبول ارتد أما بعده فلا . وينبنى على ذلك أنه لو مات المبرأ قبل القبول أو الرد سقط الدين عنه بالابراء

ويشترط لصحة الابراء تعيين من يريد المبرىء ابراءهم تعيينا تاما والا فلا يصح

وقد تقدم فى قسم المداينات الكلام على الابراء مستوفى استيفاء تاما . والله أعلم

الصلح قانونا

الصلح مبينة أحكامه فى القانون بالمواد (من ٥٣٢ الى ٥٣٩) وفى شرح القانون (من صفحة ٢٦٦ الى صفحة ٢٦٨) ويشتمل على المباحث الآتية : تعريف الصلح . وما يجوز فيه ومالا يجوز . وما يترتب عليه . وما يبطله . والصلح الصورى

تعريف الصلح

الصلح عقد به يترك كل من المتعاقدين جزءاً من حقوقه على وجه التقابل لقطع النزاع القائم أو لمنع وقوعه (مادة ٥٣٢)

مايجوز فيه الصلح ومالا يجوز

الصلح جائز فى جميع الحقوق التى للناس أن يتصرفوا فيها أما التى هى خارجة عن مقدورهم بتقضي القانون فليس لهم الصلح فيها (ش . ق . ص ٢٦٦)

ولا يجوز الصلح على المسائل المتعلقة بالنسب ولا بالنظام العام كالجنح والجنايات .
ولكن يجوز الصلح في الحقوق المالية المتولدة عن النسب أو عن النظام العام (مادة ٥٣٣) فمثال الاول أن يكون ابراهيم وارثا لمحمود فينازعه خليل في نسبه فانه لايجوز للطرفين أن يصطلحا على أن ابراهيم ليس وارثا ولكن يجوز لهما أن يصطلحا على أن يأخذ في التركة عشرين قيراطا بدل أربعة وعشرين . ومثال الثانى أن يسرق ابراهيم مال محمود باكراه نشأ عنه جرح محمود فلا يجوز لهما أن يصطلحا على ترك الجناية ولكن يجوز صلحهما على قيمة التعويض اللازم لمحمود

ويستثنى من المسائل المتعلقة بالنظام العام المخالفات فانه يجوز الصلح فيها مع النيابة العمومية أو ضباط البوليس القائمين مقامها الا في المسائل الآتية .

(١) — المخالفات التي يعاقب عليها القانون بغير الغرامة

(٢) — المخالفات المنصوص عليها في اللوائح المتعلقة بالمحال العمومية

(٣) — اذا كان من وقعت منه المخالفة قد حكم عليه في مخالفة أخرى منذ ثلاثة أشهر فأقل

(٤) — اذا كان من وقعت منه المخالفة قد اصطلح على مخالفة أخرى منذ ثلاثة أشهر فأقل (ش . ق . ص ٢٦٧)

مايترتب على الصلح

يترتب على الصلح فض النزاع الذى جاء الصلح لازالته فان كان خصومة بطلت وان كان عزما على خصومة سقط الحق في اقامتها . ولا يجوز تأويل ترك الحقوق الحاصل في الصلح الا بحسب الألفاظ التي استعملها المتعاقدان . واذا كانت هذه الالفاظ تحتمل التأويل الكثير وجب قصر معناها على مايختص بالحقوق المتعلقة بالمادة الواقع فيها الصلح (ش.ق.ص ٢٦٧) وتبقى التأمينات التي كانت على الحق الذى وقع فيه الصلح على حالها ضامنة للوفاء بالصلح ولكن يجوز لمن عليه تلك التأمينات أو لمن يتضرر من بقائها أن يحتج على الدائن بأوجه الدفع التي كانت موجودة في حق الدين قبل وقوع الصلح (مادة ٥٣٧) ولا يجوز الاحتجاج

بالصلح على غير المتعاقدين ولو كان هذا الغير شريكا لأحد الطرفين فى الحق الذى حصل فيه الصلح كما لايجوز لهذا الغير أن يحتج به (مادة٥٢٨)

مايبطل به الصلح

يبطل الصلح بأحد أمرين

(١) — التدليس

(٢) — الغلط المحسوس

ويشترط أن يكون الغلط المحسوس حاصلا فى شخص المتعاقد أو فى الشىء المتعاقد عليه أو أن يكون الصلح مسببا عن وجود أوراق اتضح أنها مزورة بعد ذلك (مادة ٥٣٥) ولا يبطل الصلح بالغلط فى أرقام الحساب وانما يجب تصحيحها (مادة ٥٣٦)

ثم ان الصلح من العقود التي لاتقبل التجزئة فاذا ورد على حقوق متعددة وبطل فى أحدها بطل فى البقية ولايجوز لأحد الطرفين أن يأخذ جزء منه ويترك جزءاً آخر (ش . ق . ص ٨٦٢)

الصلح الصورى

يجوز أن يكون الصلح صورياً أو أن يكون الغرض منه عقدا آخر أراد الطرفان اخفاءه تحت اسم الصلح كما لو كانت حقيقة العقد هبة أو بيعا وتظاهر الطرفان بالخصام ثم اصطلحا . وفى هذه الحالة لايسرى أحكام الصلح بل يجب اتباع أحكام العقد المستتر بستار الصلح تماما اه (ش . ق . ٢٦٨)

تمت الطبعة الثالثة فى شهر شوال سنة ١٣٤٣ الموافق شهر مايو سنة ١٩٢٥ والله المسئول أن ينفع به انه ولى التوفيق : والحمد لله فى المبدإ والختام ، وصلى الله على سيدنا محمد النبي الامى وعلى آله وأصحابه بدور التمام

فهرست الجزء الثاني

للمباحث الشرعية من كتاب المعاملات

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

المراجع الشرعية

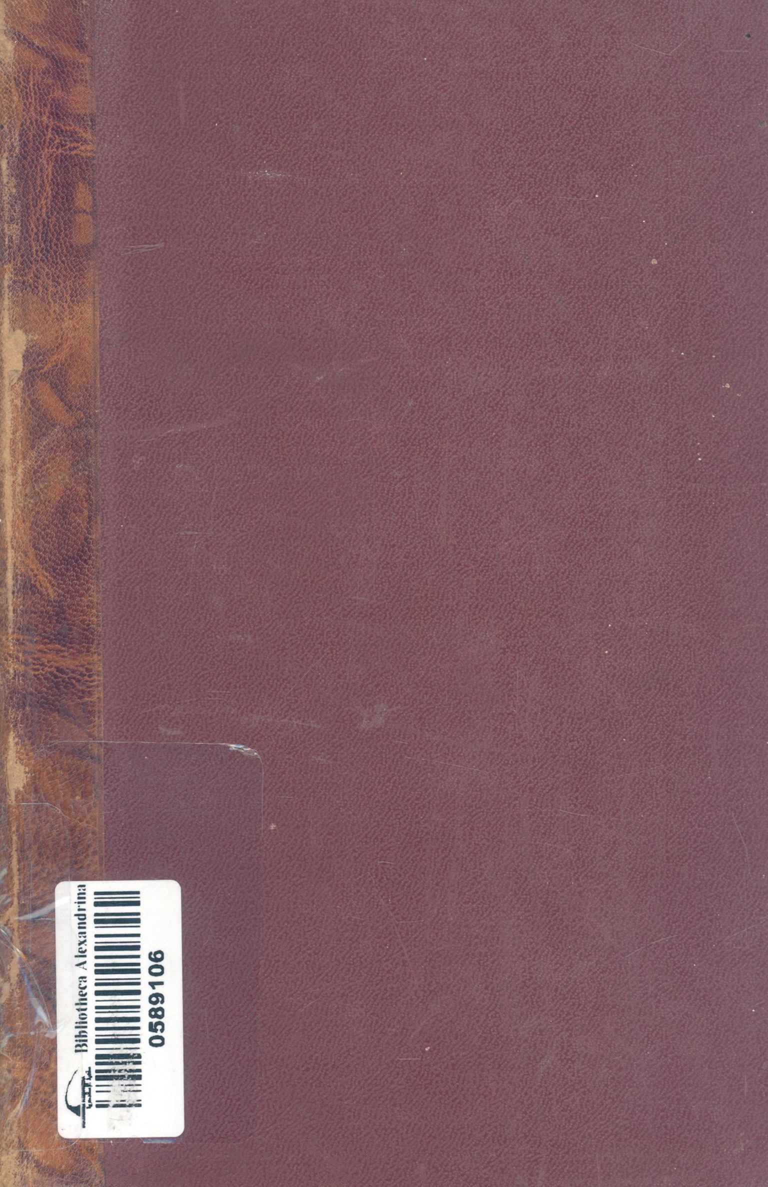
عدد

١ الاشباه والنظائر تأليف العلامة زين العابدين الشهير بابن نجيم المصرى « فى قواعد فقه الامام الأعظم أبي حنيفة النعمان »
٢ البحر الرائق شرح كنز الدقائق تأليف (المذكور)« فى فقه الامام الأعظم »
٣ بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع تأليف العلامة علاء الدين الكاسانى « فى فقه الامام الاعظم »
٤ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للعلامة الزيلعي « في فقه الامام الأعظم »
٥ تنقيح الفتاوى الحامدية للامام العلامة ابن عابدين « » » » »
٦ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير تأليف سيدى أحمد الدردير « فى فقه الامام مالك »
٧ رد المحتار على الدر المختار للعلامة ابن عابدين « فى فقه الامام الاعظم »
٨ الفتاوى الهندية لجماعة من علماء الهند الاعلام « » » » »
٩ فتح القدير على الهداية تأليف كمال الدين بن الهمام « » » » »
١٠ مجلة القوانين الشرعية والاحكام العدلية « على مذهب » »
١١ الموافقات للامام الشاطبي « فى أصول الفقه »
١٢ نهاية المحتاج على شرح المنهاج تأليف الامام شمس الدين الرملى « فى فقه الامام الشافعى »

★ ★ ★ ★

فهرست الجزء الثانى

للمباحث القانونية من كتاب المعاملات


Bibliotheca Alexandrina
05889106